

BWNotZ

Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg

Herausgeber

Württembergischer Notarverein e.V.
in Verbindung mit dem
Badischen Notarverein e.V.

Kronenstraße 34
70174 Stuttgart

Schriftleitung

Notar a.D. Herbert Staudenmaier,
Ellwangen

Notar Dr. Jürgen Rastätter,
Heidelberg

www.notare-wuerttemberg.de

4/2003

Juni
Seiten 73–96

Inhalt

Aufsatz

Schmenger
Begründung, Änderung, Übertragung und Er-
löschen von dinglichen und schuldrechtlichen
Sondernutzungsrechten 73

Rechtsprechung 90

Sehr geehrte Leserinnen und Leser,

leider mussten wir feststellen, dass in o.g. Heft bei dem Aufsatz von Notaranwärter Sebastian Mai über **Gütergemeinschaft, Absatz A**, teilweise falsche Fußnoten mitgedruckt worden sind.

Nachstehend sind die Berichtigungen abgedruckt, die Sie entweder dem entsprechenden Textteil beilegen können, oder Sie überkleben jeweils die falschen Fußnoten.

Falsch sind: Fußnote 1-47 auf den Seiten 55-59.

Wir bitten Sie das Versehen zu entschuldigen.

Hochachtungsvoll Schnitzer Druck GmbH.

¹ Beitzke, Familienrecht, S. 107

² MüKo, Kanzleiter, S. 418; Kersten/Bühling, FGG-Formularhandbuch, Faßbender, S. 1199

³ MüKo, Kanzleiter, S.418

⁴ wie vorstehend

⁵ Creifelds, Rechtswörterbuch, S. 424

⁶ Creifelds, Rechtswörterbuch, S. 452

⁷ Schönfelder, Deutsche Gesetze, GleichberG

⁸ Weber, DNotZ 1957, S. 570

55

⁹ wie vorstehend

¹⁰ Beitzke, Familienrecht, S. 107

¹¹ wie vorstehend

¹² wie vorstehend

¹³ wie vorstehend

¹⁴ MüKo, Kanzleiter, S. 419

¹⁵ wie vorstehend

¹⁶ MüKo, Kanzleiter, S. 418

¹⁷ MüKo, Kanzleiter, S. 421

¹⁸ wie vorstehend

¹⁹ Langenfeld, Der Ehevertrag, S. 62

56

²⁰ RG 79, 282

²¹ Beitzke, Familienrecht, S. 108; Gernhuber, Familienrecht, S. 547

²² Beitzke, Familienrecht, S. 108

²³ Gernhuber, Familienrecht, S. 548

²⁴ Schlüter, BGB Familienrecht, S. 79; Beitzke, Familienrecht, S. 108

²⁵ wie vorstehend

²⁶ Gernhuber, Familienrecht, S. 548

²⁷ FamRZ 1979, Tiedtke, S. 371

²⁸ so im Ergebnis auch BWNotZ 1979, Panz, S. 87

57

²⁹ Palandt, Rd-Nr. 9 zu § 1006

³⁰ Beitzke, Familienrecht, S.109;

³¹ Palandt, Rd-Nr. 1 zu § 1362

³² MüKo, Rd-Nr. 4 zu § 1416

³³ wie vorstehend

³⁴ BGH, Urteil vom 29.01.2001 – II ZR 331/00

³⁵ MüKo, Rd-Nr. 3 zu § 1416

³⁶ Palandt, Rd-Nr. 3 zu § 719

³⁷ Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, S. 358

³⁸ wie vorstehend

³⁹ wie vorstehend

⁴⁰ so auch BWNotZ 1979, Panz, S.88

⁴¹ Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, S. 360

⁴² so auch BWNotZ 1983, Böhringer, S. 133 ff.

58

⁴³ Beitzke, Familienrecht, S. 109

⁴⁴ Palandt, Rd-Nr. 1 zu § 1417

⁴⁵ Palandt, Rd-Nr. 2 zu § 1417

⁴⁶ MüKo, Rd-Nr. 4 zu § 1417

⁴⁷ Palandt, Rd-Nr. 2 zu § 1417

⁴⁸ RGZ, 87, 100, 103

⁴⁹ MüKo, Rd-Nr. 11 zu § 1418

⁵⁰ Gernhuber, Familienrecht, S. 542

⁵¹ MüKo, Rd-Nr. 3 zu § 1418

⁵² MüKo, Rd-Nr. 19 zu § 1416

⁵³ MüKo, Rd-Nr. 5 zu § 1418

⁵⁴ wie vorstehend

⁵⁵ wie vorstehend

59

Begründung, Änderung, Übertragung und Erlöschen von dinglichen und schuldrechtlichen Sondernutzungsrechten

von Notariatsdirektor Wolfgang Schmenger, Schwetzingen

I

Praxisrelevante Fälle von Sondernutzungsrechten

Vortrag, gehalten auf der 33. Fortbildungstagung des Badischen Notarvereins vom 18.–21. 3. 2003 in Gernsbach-Lautenbach.

Sondernutzungsrechte kommen in vielfältiger Weise im praktischen Rechtsleben vor. Die wichtigsten Anwendungsbereiche sind:

1. Zuweisung von nicht sondereigentumsfähigen Grundstücksflächen:

Die häufigsten Sondernutzungsrechte bestehen bezüglich oberirdischer Pkw-Abstellplätze sowie Gartenflächen, da diese Grundstücksteile nicht sondereigentumsfähig sind. Sie werden in der Regel bereits in der Teilungserklärung konkret einer Einheit zugewiesen; es ist aber auch möglich, in der Gemeinschaftsordnung zunächst alle Wohnungseigentümer von der Benutzung näher bestimmter Stellplätze oder Außenflächen auszuschließen und dem derzeitigen Eigentümer (Bauträger) die Befugnis einzuräumen, einzelnen Wohnungseigentümern¹ das Sondernutzungsrecht zuzuweisen².

2. Zuweisung von nicht sondereigentumsfähigen Gebäudeteilen/Räumen:

Vielfach besteht der Wunsch, Wohnungseigentümern bestimmte Gebäudeteile zuzuweisen, was jedoch an der erforderlichen Sondereigentumsfähigkeit scheitert. Häufigste Fälle sind:

- a) Zuweisung von Terrassen;
- b) Zuweisung von Stellplätzen, z. B. auf dem nicht abgegrenzten ebenerdigen Deck einer Tiefgarage³ oder an Stellplätzen in der Tiefgarage, die nicht mit der erforderlichen dauerhaften Markierung (§ 3 Abs. 2, Satz 2 WEG) versehen sind. Nach überwiegender Auffassung sind dagegen Stellplätze auf dem nicht überdachten Oberdeck eines Gebäudes sondereigentumsfähig⁴. Die unterschiedlichen Rechtsmeinungen am Beispiel der Sondereigentumsfähigkeit von Stellplätzen auf Gebäudeteilen unterstreichen die Bedeutung der Sondernutzungsrechte, die in der Praxis immer dann gewählt werden, wenn die Sondereigentumsfähigkeit in Frage steht.
- c) Zuweisung des gesamten gemeinschaftlichen Eigentums am Reihnhaus oder einer Doppelhaushälfte, falls dieses in der Rechtsform von Wohnungseigentum errichtet wur-

de. Üblich sind hierbei Regelungen, wonach die Eigentümer dieses Gebäudes – unter bestimmten Einschränkungen – beliebige Umbauten und Veränderungen an „ihrem“ Gebäude ohne Zustimmung der anderen Mit-eigentümer vornehmen dürfen, ferner entsprechende Kostentragungsregelungen für dieses Gebäude. Selbstverständlich werden die Außenflächen, die zu dem betreffenden Haus gehören, ebenfalls als ganz normales Sondernutzungsrecht gewährt⁵.

- d) Zuweisung einer Mehrfachparkersystemfläche als Sondernutzungsrecht, anstatt Begründung der Mehrfachparkereinrichtung als Teileigentum mit Nutzungsregelung nach § 1010 BGB.

3. Zuweisung von Gebäudeteilen, die an sich sondereigentumsfähig sein können, deren Abgeschlossenheit jedoch (z. B. versehentlich) nicht bescheinigt ist:

Dach- und Speicherräume, Kellerräume, Anbauten, Garagen usw., Stellplätze in der Tiefgarage.

4. Zuweisung von Gebäudeteilen oder Außenflächen an mehr als einen Eigentümer – gemeinschaftliche Sondernutzungsrechte:

Oftmals besteht in Wohnanlagen ein Bedürfnis, bestimmte Außenbereiche, Räume oder Gebäudeteile einzelnen Eigentümern zuzuordnen. Gemeinschaftliches Sondereigentum an bestimmten Räumen ist nicht möglich. Vielfach ist mit der gemeinschaftlichen Zuweisung eine Kostentragungsregelung der begünstigten Eigentümer verbunden.

Beispiele: Gemeinsame Treppenaufgänge, Flure, Kellerräume, Zuwege, die nur von einzelnen Eigentümern genutzt werden. Bei einer Anlage mit mehreren Mehrfachwohngebäuden ist es entsprechend der Regelung bei Reihen- und Doppelhäusern auch möglich, das gesamte gemeinschaftliche Eigentum eines Wohngebäudes in das gemeinschaftliche Sondernutzungsrecht der betreffenden Eigentümer zu nehmen. Üblich sind hierbei Regelungen, wonach die Eigentümer dieses Gebäudes – unter bestimmten Einschränkungen – beliebige Umbauten und Veränderungen an „ihrem“ Gebäude vornehmen dürfen. Ferner sind entsprechende Kostentragungsregelungen für dieses Gebäude und Bildung gesonderter Wirtschaftseinheiten üblich. Entsprechende Kostentragungsregelungen für das jeweilige Gebäude und Bildung gesonderter Wirtschaftseinheiten können aber auch als Regelung der Gemeinschaftsordnung unabhängig von der Begründung der Sondernutzungsrechte erfolgen.

¹ anstatt „Wohnungseigentum“ lies im folgenden auch stets „Teileigentum“
² siehe hierzu unten IV, 3;
³ OLG Frankfurt Rpfleger 1983, 482; für Sondereigentumsfähigkeit = OLG Köln DNotZ 1984, 700;
⁴ OLG Frankfurt, DNotZ 1977, 635 = Rpfleger 1977, 312; OLG Hamm DNotZ 1999, 216 = Rpfleger 1998, 241; OLG Köln DNotZ 1984, 700; Haegele/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht 12. Auflage, 2001, Rdn. 2835 mit weiteren Nachweisen;

⁵ Musterregelungen, siehe Haegele a.a.O., Rdn. 2911, Rapp, Beck'sches Notar-Handbuch, 3. Auflage 2000, A III, Rdn. 52 ff, 56;

5. Bebauung in mehreren Abschnitten⁶:

Oftmals werden Eigentumswohnanlagen aus wirtschaftlichen Gründen in mehreren Abschnitten errichtet. An der Grundstücksfläche des zweiten Bauabschnitt behält sich der Bauträger ein Sondernutzungsrecht mit der Maßgabe vor, dieses später zu bebauen und die entstehenden Einheiten in Sondereigentum überzuführen.

6. Sondereigentum am Keller oder einer Garage in Verbindung mit einem Sondernutzungsrecht an der Wohnung (Keller- oder Garagenmodell):

Die Konstruktion des „Keller- bzw. Garageneigentums“ ist nicht mehr gebräuchlich. Sie wurde gewählt, nachdem der BayVGH⁷ für die Abgeschlossenheit die Einhaltung der gültigen bauordnungsrechtlichen Vorschriften für Wärme, Schall und Erschütterungsschutz verlangte. Damit war die Begründung von Wohnungseigentum bei Altbauten weitgehend ausgeschlossen. Man verband deshalb Sondereigentum an einem Keller oder einer Garage mit dem Sondernutzungsrecht an einer Wohnung. Diese Konstruktion wurde als zulässig anerkannt⁸, ist jedoch nicht mehr notwendig, nachdem der Gemeinsame Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes in seiner Entscheidung vom 30. 06. 1992⁹ an die Erteilung der Abgeschlossenheitsbescheinigung für Altbauwohnungen entsprechende Anforderungen nicht mehr gestellt hat.

7. Mehrfachparker – Sondernutzungsrecht am Sondereigentum¹⁰:

Da bei Mehrfachparkern der einzelne Stellplatz nach h. M. nicht sondereigentumsfähig ist, sondern nur die Parkeinrichtung insgesamt, besteht die Notwendigkeit, beim Erwerb eines solchen Sondereigentums durch zwei verschiedene Käufer deren Benutzungsrecht zu regeln. Dies kann dadurch geschehen, dass man die gesamte Parkeinrichtung im Gemeinschaftseigentum belässt und jeweilige Sondernutzungsrechte mit entsprechender Kostenregelung für die berechtigten Wohnungseigentümer begründet. Dies hindert jedoch den eigenständigen Verkauf eines Stellplatzes, da dieser stets mit einer Wohnungseinheit verbunden ist.

Überwiegend wird deshalb der Weg gewählt, die gesamte Parkeinrichtung zum Sondereigentum zu erklären und für die beteiligten Eigentümer hieran Bruchteileigentum zu begründen. Nach §§ 745 Abs. 1, 1010 BGB wird sodann eine Nutzungsregelung vereinbart und in das Teileigentumsgrundbuch eingetragen, welche den jeweiligen Bruchteileigentümern die Benutzung einer bestimmten Stellplatzfläche zuweist.

Abweichend vom bisherigen Verständnis, wonach eine Benutzungsregelung im Sinne eines Sondernutzungsrechtes

sich nur auf das gemeinschaftliche Eigentum beziehen kann, wendet das BayObLG¹¹ und ihm folgend weitere Oberlandesgerichte sowie die überwiegende Meinung in der Literatur § 15 Abs. 1 WEG auch auf Vereinbarungen an, die nur zwischen zwei oder mehreren Eigentümern an einer Mehrfachparkereinrichtung bestehen¹².

Dieser Auffassung wird mittlerweile überwiegend gefolgt. Man spricht mittlerweile vom Sondernutzungsrecht am Sondereigentum.

8. Lösung der Zugangsproblematik zum Gemeinschaftseigentum:

Räumlichkeiten, die den einzigen Zugang zu einem im gemeinschaftlichen Eigentum stehenden Raum eröffnen, sind grundsätzlich ebenfalls zwingend gemeinschaftliches Eigentum. Denn diese Räume gehören ihrerseits zu den Anlagen und Einrichtungen, die dem gemeinschaftlichen Gebrauch der Wohnungseigentümer dienen (§ 5 Abs. 2 WEG)¹³.

Ist eine Heizungsanlage nur über einen Keller zu erreichen, der einem einzelnen Eigentümer aber als Sondereigentum zugewiesen werden soll, so kann die Aufteilung scheitern, da der Heizraum und damit auch dessen Zugang Gemeinschaftseigentum sind.

Eine Ausweidlösung besteht darin, den für den Zugang zur Heizung notwendigen Kellerraum im Gemeinschaftseigentum zu belassen, dem betreffenden Eigentümer jedoch ein Sondernutzungsrecht hieran einzuräumen, mit der Einschränkung, daß die anderen Wohnungseigentümer über den Sondernutzungsbereich zum gemeinschaftlichen Eigentum gelangen können¹⁴.

9. Einbindung des Nachbargrundstücks in eine Teilungserklärung:

Grundsätzlich kann Wohnungseigentum nicht an mehreren Grundstücken gebildet werden (§ 1 Abs. 4 WEG). In Fällen, in denen eine Zumessung nicht in Frage kommt, ist es oftmals aus wirtschaftlichen oder tatsächlichen Gegebenheiten erforderlich, auch Teile eines anderen Grundstücks auf andere Weise in die Teilung einzubeziehen. Ein Beispiel ist der Überbau, abgesichert durch Dienstbarkeiten¹⁵. Selbstverständlich kann eine Dienstbarkeit auch nur für eine Einheit bestellt werden.

Zulässig ist auch die Einbeziehung eines anderen Grundstücks in folgender Weise: An diesem weiteren Grundstück wird für die jeweiligen Eigentümer, also alle Eigentümer eines in Wohnungseigentum aufgeteilten Grundstücks, eine Grunddienstbarkeit (z. B. Recht zur Benutzung von Garagen) bestellt. Sodann wird bestimmten Wohnungseigentümern das Sondernutzungsrecht an einer dieser Garagen zugewiesen. Entsprechende Eintragung als Inhalt des Sondereigentums

⁶ siehe dazu unten IV, 2;

⁷ BayVGH DNotZ 1990, 247;

⁸ BayObLG NJW 1992, 700 = DNotZ 1992, 718; OLG Hamm Rpfleger 1993, 445 = MittRhNotK 1993, 191; Pause NJW 1990, 3178 und NJW 1992, 671; Schneider Rpfleger 1991, 499 f.; Schmidt WE 1992, 2 ff.; a.A. Schäfer Rpfleger 1991, 307 f.;

⁹ BGH NJW 1992, 3290;

¹⁰ vgl. hierzu: Befürwortend: BayObLG DNotZ 1995, 70 = Rpfleger 1995, 67; OLG Frankfurt MittBayNot 2000, 440 mit befürwortender Anmerkung von Oefeke und Formulierungsbeispiel = Rpfleger 2000, 212; OLG Jena MittRhNotK 2000, 71 = MittBayNot 2000, 443; Staudenmaier BWNotZ 1975, 170; Schneider Rpfleger 1998, 9, 12; Gutachten DNotI-Report 1996, 91; Röhl a.a.O., Rdn. 886; Rapp, a.a.O., Rdn. 57; Frank MittBayNot 1994, 512; Schmidt MittBayNot 1995, 115; Demharter GBO, 24. Aufl., Anhang zu § 3 Rdn. 31; Reinold, MittBayNot 2001, 540; ablehnend: Haegele, a.a.O., Rdn. 2836; Schöner Rpfleger 1997, 416; Bastly Rpfleger 2001, 169;

¹¹ BayObLG DNotZ 1995, 70 = Rpfleger 1995, 67;

¹² vgl. Fußnote 10;

¹³ BGH NJW 1991, 2909 = DNotZ 1992, 224 = Rpfleger 1991, 454; BayObLG DNotZ 1986, 494; BayObLG DNotZ 1992, 490; BayObLG DNotZ 1992, 494; vgl. hierzu auch DNotI-Report 1997, 17; Demharter GBO, 24. Aufl., Anhang zu § 3 Rdn. 21; Haegele, a.a.O., Rdn. 2819; vgl. auch zur Problematik des Zugangs zu sonstigen Teilen oder Außenbereichen sowie zu Speicherräumen: DNotI-Report 1997, 17; BayObLG DNotZ 1989, 433; BayObLG NJW-RR 1992, 81 = MittBayNot 1992, 131; BayObLG DNotZ 1996, 27; BayObLG NJW-RR 2001, 801 = MittBayNot 2001, 480; OLG Hamm Rpfleger 2001, 344 = RNotZ 2001, 281-283; OLG Stuttgart Die Justiz 2001, 382;

¹⁴ Rapp, a.a.O., Rdn. 29 e; ausdrücklich auch BGH NJW 1991, 2909 = DNotZ 1992, 224 = Rpfleger 1991, 454 am Ende;

¹⁵ vgl. OLG Karlsruhe DNotZ 1986, 753 mit Anm. Ludwig; Rastätter BWNotZ 1986, 79;

in den Wohnungsgrundbüchern ist zulässig¹⁶.

Vereinbarungen im Sinne der §§ 5 Abs. 4, 10 Abs. 2, 15 Abs. 1 WEG können Vereinbarungen jeder Art sein; nicht notwendig ist, daß es sich um Vereinbarungen über die Verwaltung oder Benutzung des gemeinschaftlichen Eigentums handelt. Auch eine Vereinbarung, welche die Ausübung einer für das gemeinsame Grundstück bestellten Grunddienstbarkeit betrifft, regelt das Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander und kann daher in das Grundbuch eingetragen werden. Das ergibt sich aus folgenden Überlegungen:

Die Grunddienstbarkeit steht als subjektiv-dingliches Recht gemäß § 1018 BGB dem jeweiligen Eigentümer des herrschenden Grundstücks zu. Herrschendes Grundstück kann auch das in Wohnungseigentum aufgeteilte Grundstück sein; berechtigt sind in diesem Fall die Wohnungseigentümer als Miteigentümer in Gemeinschaft. Nach § 96 BGB gelten Rechte, die mit dem Eigentum an einem Grundstück verbunden sind, als Bestandteile des Grundstücks. Zu diesen Rechten gehört auch die Grunddienstbarkeit, welche ihrer Natur nach als wesentlicher Bestandteil des Grundstücks zu behandeln ist. Ist aber die Grunddienstbarkeit wesentlicher Bestandteil des Grundstücks, das im gemeinschaftlichen Eigentum der Wohnungseigentümer steht und sind die Wohnungseigentümer in ihrer Verbundenheit als Wohnungseigentümer zugleich gemeinschaftlich Berechtigte der Grunddienstbarkeit, so betreffen die Vereinbarungen über die Ausübung der Grunddienstbarkeit das Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander. Sie können zum Inhalt des Sondereigentums gemacht und im Grundbuch eingetragen werden. Eine derartig Konstruktion vermeidet das sonst notwendige Nebeneinander von Wohnungseigentümergemeinschaft und Bruchteilsgemeinschaft¹⁷.

Das LG Kassel hat in seiner Entscheidung vom 03. 09. 2002¹⁸ die Eintragung einer Vereinbarung der Wohnungseigentümer sogar für den Fall zugelassen, dass die Grunddienstbarkeit nicht für alle Wohnungseigentümer, sondern nur für einzelne bestellt war.

10. Umdeutung von unzulässig begründetem Sondereigentum in ein Sondernutzungsrecht:

Große Bedeutung kommt den Sondernutzungsrechten auch insoweit zu, als bei rechtlich nicht wirksam begründetem Sondereigentum (z. B. Terrasse, Stellplatz auf dem ebenen Parkdeck) stets eine Umdeutung (§ 140 BGB) in ein Sondernutzungsrecht möglich sein kann¹⁹ und so der Berechtigte wegen der fehlerhaften Eintragung oder einer mittlerweile geänderten Rechtsprechung keinen wirtschaftlichen Verlust befürchten muss. Die Eintragung von Sondereigentum soll bewirken, daß der Berechtigte den ihm zugewiesenen Bereich allein unter Ausschluß der übrigen Miteigentümer nutzen kann (§ 13 Abs. 1 WEG). Nutzung von Sondereigentum und Nutzung gemeinschaftlichen Eigentums auf Grund einer Gebrauchsregelung sind einander wirtschaftlich im wesentlichen gleichartig. Daher ist die nichtige Bildung von Sondereigentum durch ein Sondernutzungsrecht nach § 140

BGB aufrecht zu erhalten. Grundbuchberichtigung ermöglicht § 22 GBO²⁰.

II

Rechtliche Grundlagen für die Begründung von Sondernutzungsrechten und Begriffsbestimmung:

1. Wohnungs-/Teileigentum als dreigliedrige Einheit – Grundsatz der Trinität

Das WEG gibt in § 1 Abs. 2 eine Legaldefinition des Wohnungseigentums (anstatt Wohnungseigentum oder Wohnungseigentümer lies im folgenden auch stets Teileigentum und Teileigentümer²¹ – Legaldefinition für Teileigentum siehe § 1 Abs. 3 WEG). Danach ist Wohnungseigentum das Sondereigentum an einer Wohnung in Verbindung mit dem Miteigentumsanteil an dem gemeinschaftlichen Eigentum, zu dem es gehört. Wollte man hieraus folgern, dass Wohnungseigentum nur aus dem Sondereigentum und dem Miteigentumsanteil besteht, so würde man das Wesen des Wohnungseigentums verkennen. Neben den beiden genannten dinglichen Bestandteilen enthält dieses nämlich noch ein drittes mitgliedschaftliches Element, welches sich aus den subjektiven Rechtspositionen der Wohnungseigentümer ergibt.

Man spricht deshalb bei Wohnungseigentum von einer dreigliedrigen Einheit, mit den Elementen

1. Sondereigentum,
2. Miteigentumsanteil,
3. Mitgliedschaftsrecht an der Wohnungseigentümergeinschaft²².

Bezüglich der dogmatischen Einordnung und Definition des Begriffes „Wohnungseigentum“ ist im Einzelnen vieles umstritten, u. a. auch ob unter den genannten drei Elementen, insbesondere aber zwischen Miteigentumsanteil und Sondereigentum, ein gewisser Vor- oder Nachrang besteht²³. Die von der überwiegenden Meinung vertretene Auffassung, die das Wohnungseigentum als eine dreigliedrige Einheit bezeichnet, unterstreicht jedenfalls zu Recht die Bedeutung des dritten Elementes, in dem die Sondernutzungsrechte ihre Grundlage finden.

Die einzelnen Elemente und damit das Wohnungseigentum lassen sich rechtlich wie folgt kennzeichnen:

Sondereigentum ist eine durch das WEG begründete neue Eigentumsart (Abweichung von §§ 93, 94 BGB), die dem Alleineigentum vergleichbar und damit echtes Eigentum i. S. des § 903 BGB ist. Sondereigentum ist den Bestimmungen über das Eigentum schlechthin unterstellt, sofern nicht zwingende Gründe der akzessorischen Verbundenheit mit den anderen beiden Elementen entgegenstehen²⁴.

Das Element „*Miteigentum*“ unterliegt den Bestimmungen der §§ 1008 ff BGB, ebenfalls unter dem Vorbehalt, dass nicht zwingende Gründe der akzessorischen Verbundenheit mit den anderen beiden Elementen entgegenstehen²⁵.

Das *Mitgliedschaftsrecht* findet seine Grundlage in Teil I des

¹⁶ BayObLG DNotZ 1991, 600 = Rpfleger 1990, 354; OLG Köln Rpfleger 1993, 335; LG Kassel Rpfleger 2003, 123;
¹⁷ BayObLG DNotZ 1991, 600 = Rpfleger 1990, 354; OLG Köln Rpfleger 1993, 335; LG Kassel Rpfleger 2003, 123;
¹⁸ LG Kassel Rpfleger 2003, 123;
¹⁹ vgl. Haegele, a.a.O., Rdn. 2917; Schneider Rpfleger 1998, 53, 54; OLG Köln MittRhNotK 1996, 61; Weitnauer, Wohnungseigentumsgesetz, 8 Auflage, 1995, § 5 Rdn. 10, § 15 Rdn. 26;

²⁰ Haegele, a.a.O., Rdn. 2917 mit weiteren Nachweisen;
²¹ In der Literatur wird teilweise als Oberbegriff für Wohnungs- und Teileigentum der Begriff Raumeigentum verwandt; vgl. Müller, Praktische Fragen des Wohnungseigentums, 3. Auflage 1999, Rdn. 46);
²² Bärmann, Pick/Merle, Kommentar zum Wohnungseigentumsgesetz, 8. Auflage, 2000, Einleitung Rdn. 5 ff, 45 ff; OLG Hamm, DNotz 1976, 165; Haegele, a.a.O., Rdn. 2800;
²³ vgl. hierzu Bärmann a.a.O., Einleitung Rdn. 5 ff, 45 ff, mit weiteren Nachweisen;
²⁴ Bärmann a.a.O., Einleitung Rdn. 45 ff;
²⁵ Bärmann a.a.O., Einleitung Rdn. 45 ff;

WEG, und zwar in den Abschnitten 2–3 mit den Vorschriften §§ 10–29 WEG. Soweit das WEG keine besonderen Bestimmungen enthält, bestimmt sich das Verhältnis der Miteigentümer nach den Vorschriften des BGB über die Gemeinschaft, nämlich §§ 741 ff (§ 10 Abs. 1 Satz 1 WEG).

2. Mitgliedschaftsrecht/Gemeinschaftsordnung als Grundlage der Sondernutzungsrechte

Wohnungseigentum kann durch zwei unterschiedliche Gründungsakte entstehen:

- Vertragliche Einräumung durch die Miteigentümer nach § 3 WEG,
- Vorratsteilung nach § 8 WEG.

In beiden Fällen werden mehr oder weniger umfangreiche Bestimmungen zur Regelung des Verhältnisses der Wohnungseigentümer untereinander als so genannte *Gemeinschaftsordnung* vereinbart (§§ 3, 5 Abs. 4, 10 Abs. 1 und 2 WEG) oder einseitig vom teilenden Eigentümer festgelegt (entsprechende Anwendung des § 5 WEG über § 8 Abs. 2 WEG).

Überwiegend werden Sondernutzungsrechte bereits im Rahmen der Gründungsakte festgelegt. Sie können aber auch später – wie jegliche sonstigen Regelungen im Rahmen der Gemeinschaftsordnung – durch weitere Vereinbarung der Miteigentümer begründet, abgeändert oder aufgehoben werden.

Die Schnittstelle zwischen Mitgliedschaftsrecht/Gemeinschaftsordnung und Eigentum stellt § 5 Abs. 4 WEG dar. Danach können Vereinbarungen über das Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander nach den Vorschriften des 2. und 3. Abschnittes zum Inhalt des Sondereigentums gemacht werden.

Mit der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer befaßt sich das WEG, wie die Vorschriften §§ 10–29 WEG zeigen, besonders eingehend²⁶. Als wichtigste Regelungen sind zu nennen:

- Allgemeine Grundsätze § 10 WEG.
- Regelung der besonderen Rechte und Pflichten der Miteigentümer, §§ 13 und 14 WEG,
- Gebrauchsregelung für das SE und gemeinschaftliches Eigentum, § 15 WEG,
- Regelung über Nutzen und Lasten sowie Kosten bezüglich des gemeinschaftlichen Eigentums, § 16 WEG,
- Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums §§ 20 ff, welche teilweise den Wohnungseigentümern, teilweise einem zu bestellenden Verwalter unterliegt,
- Unauflöslichkeit der Gemeinschaft § 11 WEG, Abweichung von § 749 Abs. 1 BGB,
- Veräußerungsbeschränkung § 12 WEG,
- Entziehung des Wohnungseigentums § 18 WEG.

Für das Verständnis der in der Gemeinschaftsordnung verankerten Sondernutzungsrechte ist zunächst die bereits erwähnte und zur Verdinglichung führende Vorschrift § 5 Abs. 4 WEG maßgeblich, weiterhin die allgemeinen Grundsätze in § 10 WEG sowie die besonderen Bestimmungen in § 15 Abs. 1 WEG über die Zulässigkeit von Gebrauchsregelungen. Sondernutzungsrechte entstehen im Rahmen der Ge-

meinschaftsordnung nach allgemeiner bisheriger Auffassung auf der Grundlage folgender Regelungen:

- Grundsatz der Gestaltungsfreiheit. Die Wohnungseigentümer können von den Vorschriften des WEG abweichende Vereinbarungen treffen, soweit nicht etwas anderes ausdrücklich bestimmt ist (§ 10 Abs. 1 Satz 2).
- Derartige Vereinbarungen (§ 10 Abs. 2 WEG) haben vertraglichen Charakter; sie können grundsätzlich (ebenso wie die Teilungserklärung nach § 8 WEG) nur mit Zustimmung aller Wohnungseigentümer geändert werden. Derartige Vereinbarungen wirken gegen einen Sondernachfolger nur, wenn sie als Inhalt des Sondereigentums im Grundbuch eingetragen sind.
- Die Wohnungseigentümer können den Gebrauch des Sondereigentums und des gemeinschaftlichen Eigentums durch Vereinbarung regeln, § 15 Abs. 1 WEG.
- Zur Verdinglichung führende Vorschrift § 5 Abs. 4 WEG.

Hervorzuheben ist, dass die bisherige herrschende Meinung als rechtliche Grundlage für das Entstehen eines Sondernutzungsrechts stets die Vorschrift des § 15 WEG heranzieht²⁷.

Demgegenüber hat der BGH in seinen beiden Entscheidungen vom

- 13. 09. 2000²⁸ – Löschung eines Sondernutzungsrechts im Wohnungsgrundbuch – und – 20. 09. 2000²⁹ – Änderung der Rechtsprechung zum so genannten Zitterbeschluss – die Vorschrift des § 15 WEG außer Acht gelassen und als Rechtsgrundlage § 13 Abs. 2 WEG herangezogen³⁰.

Der BGH führt in seiner Entscheidung vom 20. 09. 2000³¹ aus:

„Sie (gemeint ist die Zuweisung eines Sondernutzungsrechtes) unterfällt nicht der Bestimmung des § 15 WEG³², weil sie nicht eine Konkretisierung des Gebrauchs, sondern neben der Zuweisung an den begünstigten Wohnungseigentümer für die übrigen Wohnungseigentümer den vollständigen Ausschluß vom Mitgebrauch des Gemeinschaftseigentums samt der damit verbundenen Gebrauchsvorteile zum Gegenstand hat. Ein solcher Gebrauchsentszug ist aber keine Regelung des Gebrauchs nach § 15 WEG, weil diese den Mitgebrauch voraussetzt. Er ändert vielmehr § 13 Abs. 2 WEG ab und hat deswegen nicht (auch) vereinbarungsersetzenden Charakter (a.A. Häublein, ZMR 2000, 423, 429), sondern gesetzesändernden Inhalt. Eine solche Regelung ist dem Mehrheitsprinzip von vorneherein ebensowenig zugänglich wie die Änderung einer Vereinbarung.“

3. Begriffsbestimmung

Als Sondernutzungsrecht bezeichnet man nach herkömmli-

²⁶ Haegele/Schöner/Stöber, a.a.O., Rdn. 2883;

²⁷ vgl. z.B. Haegele/Schöner/Stöber, a.a.O., Rdn. 2910; Bärmann, a.a.O., § 15, Rdn. 17 ; 23. Demharter GBO, 23. Aufl., Anhang zu § 3 Rdn. 21; vgl. nunmehr aber 24. Auflage Rdn. 28; Rapp, a.a.O., Rdn. 58; Kreuzer, Festschrift für Merle, 2000, S. 203; Röhl, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, 8. Auflage 2001, Rdn. 904; F. Schmidt, in: Münchener Vertragshandbuch, Bd. 4, 2. Hlbbd., 4. Aufl. 1998, Muster IX. 1, Anm. 12, S. 262;

²⁸ BGHNJW 2000, 3643 = DNotZ 2001, 381 = Rpfleger 2001, 69 = BWNotZ 2001, 89;

²⁹ BGH NJW 2000, 3500 = DNotZ 2000, 854 = Rpfleger 2001, 19;

³⁰ vgl. hierzu auch Häublein, ZMR 2001, 120;

³¹ BGH NJW 2000, 3500, 3502 = DNotZ 2000, 854 = Rpfleger 2001, 19;

³² vgl. aber insoweit § 2 Abs. 2 Nr. 3 GrEStG, welcher ausdrücklich von dinglich gesicherten Sondernutzungsrechten des § 15 WEG spricht;

cher Definition eine Regelung des Gebrauchs³³ des gemeinschaftlichen Eigentums in der Weise, daß einem oder mehreren Miteigentümern (gemeinschaftliche Sondernutzungsrechte) ein bestimmter Bereich des gemeinschaftlichen Eigentums zur ausschließlichen Benutzung zugewiesen wird. Ausgeschlossen wird damit das Recht der übrigen Miteigentümer zum Mitgebrauch des gemeinschaftlichen Eigentums (§ 13 Abs. 2 S 1 WEG)³⁴.

Der Begriff „Sondernutzungsrecht“ findet sich nicht im Gesetz. Rechtsprechung und Lehre haben das Sondernutzungsrecht entwickelt und so festgeschrieben, dass seine selbständige Bedeutung unstrittig ist³⁵.

Das Sondernutzungsrecht ist gekennzeichnet durch eine *negative und eine positive Komponente*: Negativ enthält es den Ausschluß aller Miteigentümer – mit Ausnahme des begünstigten Wohnungseigentümers (bzw. der begünstigten Wohnungseigentümer) – von der Nutzung bestimmter Teile des Gemeinschaftseigentums. Gleichzeitig wird positiv einem bestimmten Wohnungseigentümer (auch mehreren gemeinschaftlich) die ausschließliche Befugnis zum Gebrauch des bestimmten Teils des Gemeinschaftseigentums zugewiesen³⁶.

Von einem *schuldrechtlichen Sondernutzungsrecht* spricht man, wenn ein solches unter den Miteigentümern vereinbart ist oder wird und ein entsprechender Grundbucheintrag über die Änderung der Gemeinschaftsordnung, der die Wirkung des § 10 Abs. 2 WEG herbeiführt, nicht vorliegt.

Schuldrechtliche im Grundbuch nicht eingetragene Sondernutzungsrechte wirken gegenüber einem Rechtsnachfolger nur, wenn sie ordnungsgemäß durch Schuldübernahme und Abtretung übertragen werden³⁷.

4. Die Elemente der Teilungserklärung / Unterscheidung von dinglicher Aufteilung und Gemeinschaftsordnung

Die obige im Rahmen der Trinität dargelegte Unterscheidung der Eigentumsrechte (Sondereigentum und Gemeinschaftseigentum) einerseits sowie der Gemeinschaftsordnung andererseits haben für die Einordnung und Lösung etwaiger Rechtsfragen grundlegende Bedeutung. Bereits bei der Errichtung von Teilungserklärungen sollte man die unterschiedliche Qualifizierung der Regelungen beachten. Man unterscheidet³⁸:

– 1. Ebene

Die dingliche Aufteilung, also die Begründung von Sondereigentum, die Aufteilung im engeren Sinne, (Festlegung der Miteigentumsanteile und des Sondereigentums).

– 2. Ebene

Die Gemeinschaftsordnung, welche die Rechte und Pflichten der Eigentümer regelt (z. B.: Anordnung der Verwalterzustimmung, von § 16 WEG abweichende Regelung über Nutzen und Lasten sowie Kosten bezüglich des gemeinschaftlichen Eigentums; Festlegung von Sondernutzungsrechten, Festlegung der Zweckbestimmung der Einheiten als Gewerbeeinheit, Wohneinheit, Ferienanlage³⁹, Studentenwohnheim⁴⁰, betreutes Wohnen⁴¹).

Oftmals werden in die Teilungserklärung Regelungen aufgenommen, die auch im Rahmen der ersten oder einer späteren Eigentümerversammlung durch Mehrheitsbeschluss getroffen werden könnten. Hierzu gehören die Ernennung des ersten Verwalters, die vorläufige Regelung des Hausgeldes, die Hausordnung. Diese Regelungen sind wiederum von den grundsätzlichen Regelungen (Vereinbarungen) zur Gemeinschaftsordnung streng zu unterscheiden. Derartige Regelungen sollten in einen weiteren schuldrechtlich wirkenden – nur beschlossenen – Teil enthalten sein, um bereits mit dieser räumlichen Trennung klarzustellen, dass sie auf keinen Fall Inhalt des Sondereigentums sind⁴².

Die Bedeutung dieser Unterscheidung erleichtert das Verständnis für die Einordnung und Lösung von Rechtsfragen, die die Praxis immer wieder beschäftigen, nämlich in der Teilungserklärung enthaltene

- Ermächtigung zur Umwandlung von Gemeinschaftseigentum in Sondereigentum und umgekehrt, bzw. Ermächtigung zur Umwandlung von Sondernutzungsrechten in Sondereigentum oder Gemeinschaftseigentum,
- Ermächtigung zur Umwandlung von Wohnungseigentum in Teileigentum,
- Ermächtigung zur Begründung von Sondernutzungsrechten und deren Vorbehalt.

³³ vgl. hierzu nunmehr aber BGH NJW 2000, 3500 = DNotZ 2000, 854 = Rpfleger 2001, 19 und BGHNJW 2000, 3643 = DNotZ 2001, 381 = Rpfleger 2001, 69 = BWNotZ 2001, 89. Der BGH entnimmt das Wesen des Sondernutzungsrechtes nicht mehr aus der Gebrauchsregelung des § 15 WEG sondern aus § 13 Abs. 2 WEG;

³⁴ Haegele/Schöner/Stöber, a.a.O., Rdn. 2910 mit weiteren Nachweisen;

³⁵ Kreuzer, Festschrift für Merle, 2000, S.203; vgl. auch BayObLG DNotZ 1986, 87, 88;

³⁶ siehe bereits BGH DNotZ 1979, 168 oder BayObLG DNotZ 1986, 87; Haegele/Schöner/Stöber, a.a.O., Rdn. 2913 mit weiteren Nachweisen; BGH DNotZ 1984, 695 mit Anm. F Schmidt = NJW 1984, 2409 = Rpfleger 1984, 408; BGH NJW 2000, 3500 = DNotZ 2000, 854 = Rpfleger 2001, 19; OLG Köln DNotZ 2002, 223;

³⁷ OLG Köln, DNotZ 2002, 227 mit Anmerkung Häublein; siehe dazu auch unten III, 6, „Erlöschen eines schuldrechtlichen Sondernutzungsrechtes“;

³⁸ Röhl a.a.O., Rdn. 871; Röhl BWNotZ 1980, 25; F. Schmidt, Festschrift für Bärmann und Weitnauer, 1985, 37, 41 ff; Sandweg, BWNotZ 1995, 29, 39; Häublein, DNotZ 2000, 442, 450;

³⁹ BayObLG WUM, 1998, 182 = DNotl-Report 1998, 140;

⁴⁰ BayObLG WUM, 1994, 156;

⁴¹ Heinemann, „Betreutes Wohnen und notarieller Gestaltungsbedarf“, MittBayNot 2000, 69;

⁴² Röhl, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, 8. Auflage 2001, Rdn. 871; Sandweg, BWNotZ 1995, 29, 39; Wudy MittRhNotK 2000, 383, 386; F. Schmidt, in: Münchener Vertragshandbuch, Bd. 4, 2. Hlbbd., 4. Aufl. 1998, Muster IX. 1 Anm. 2 (3), S. 240;

Hierzu folgende Fälle:

Fall: Umwandlung von Gemeinschaftseigentum in Sondereigentum und umgekehrt

BayObLG, Beschluss vom 05. 01. 2000, DNotZ 2000, 466, bestätigt durch BayObLG Beschluss vom 10. 08. 2000, DNotl-Report 2000, 179 = Rpfleger 2000, 544 sowie Beschluss vom 12. 10. 2001, DNotZ 2002, 149 = Rpfleger 2002, 140; (vgl. hierzu auch unten: Bebauung in mehreren Abschnitten mit weiteren Nachweisen)

In der Teilungserklärung ist folgende Regelung enthalten:

Sollten aufgrund der in §§ 2 und 3 der Gemeinschaftsordnung zugelassenen Änderungen und Bebauungsmöglichkeiten neue bauliche Anlagen entstehen, so unterliegen diese der Sondernutzung wie die Grundstücksfläche, an der bereits ein Sondernutzungsrecht eingeräumt ist. Entstehen sondereigentumsfähige Räume, so ist der Eigentümer, dem das Sondernutzungsrecht an den baulichen Anlagen zusteht, zur Einräumung des damit möglichen Sondereigentums für sich oder von ihm zu benennende Dritte, gegebenenfalls unter Aufteilung seines Miteigentumsanteils im Rahmen der erteilten Abgeschlossenheitsbescheinigung, auf eigene Kosten ermächtigt, ohne dass andere Eigentümer, auch künftige, ein Verhinderungsrecht haben. Er ist berechtigt, jegliche Handlungen zum Grundbuchvollzug vorzunehmen und Erklärungen abzugeben. Die weiteren Miteigentümer sind verpflichtet, bei jeglichen Erklärungen zum Grundbuchamt zur Entstehung der neuen Einheiten mitzuwirken.

Den Antrag auf grundbuchamtlichen Vollzug hat das Grundbuchamt beanstandet und die Eintragung abgelehnt.

Das BayObLG hat diese Rechtsauffassung bestätigt. Es vertritt in ständiger Rechtsprechung die Auffassung, dass die vorweggenommene Zustimmung oder Ermächtigung, Sondereigentum in Gemeinschaftseigentum umzuwandeln, nicht mit einer die Sondernachfolger bindenden Wirkung als Inhalt des Sondereigentums vereinbart werden kann. Eine derartige Regelung ist deshalb auch nicht als Inhalt des Sondereigentums eintragungsfähig. Dies gilt auch für den umgekehrten Fall der Umwandlung von Gemeinschaftseigentum in Sondereigentum. Lediglich hinsichtlich der in § 10 Abs. 1 Satz 2 WEG genannten Vereinbarungen der Wohnungseigentümer über ihr Verhältnis untereinander sind unter Geltung des Grundsatzes der Vertragsfreiheit Vereinbarungen zulässig, soweit nicht etwas anderes ausdrücklich bestimmt ist. Derartige Vereinbarungen können immer nur das Gemeinschaftsverhältnis der Wohnungseigentümer untereinander, nicht aber die dingliche Grundstruktur der Gemeinschaft (1. Ebene) betreffen. Eine Änderung dieser durch den dinglichen Begründungsakt festgelegten Grundstruktur der Gemeinschaft kann nicht Gegenstand von Vereinbarungen der Wohnungseigentümer im Sinn von § 5 Abs. 4, § 10 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 WEG sein. Vereinbarungen können nur das darauf aufbauende Gemeinschaftsverhältnis betreffen.

Gegenstand des Sondereigentums (vgl. § 5 Abs. 1 bis 3 WEG) und dessen Abgrenzung zum Gemeinschaftseigentum betrifft die dingliche Grundlage der Gemeinschaft (1. Ebene), während der Inhalt des Sondereigentums (vgl. § 5 Abs. 4 WEG) das schuldrechtliche Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander zum Gegenstand hat

(2. Ebene). Die Einräumung von umfassenden Sondernutzungsrechten kann nicht die vorweggenommene Einigung über die Einräumung von Sondereigentum enthalten. Zusammenfassend kann somit festgestellt werden: Vereinbarungen auf der 1. Ebene sind streng von den Vereinbarungen auf der zweiten Ebene zu unterscheiden. Nur auf der 2. Ebene (und selbstverständlich auf der Beschlussebene) sind im Rahmen des dort Zulässigen entsprechende Vorbehalte möglich, hierzu der nachstehende Fall.

Fall: Ermächtigung zur Umwandlung von Wohnungseigentum in Teileigentum

BayObLG, Beschluss vom 15. 02. 1989, DNotZ 1990, 42 = Rpfleger 1989, 325 (vgl. hierzu auch die Fälle BayObLG, Beschluss vom 15. 02. 1996, DNotZ 1996, 666 = WuM 1996, 357; Beschluss vom 28. 11. 1996, NJW RR 1997, 586 = WuM 1997, 401; Beschluss vom 06. 12. 2000, NJW RR 2001, 1163 = WuM 2001, 199.

In der Teilungserklärung/Gemeinschaftsordnung ist die spätere Umwandlung von Teileigentum in Wohnungseigentum zugelassen, wobei ausdrücklich geregelt ist, dass hierbei eine weitere Mitwirkung der übrigen Eigentümer ausgeschlossen ist.

Eine solche in der Teilungserklärung/Gemeinschaftsordnung getroffene Zweckbestimmung hat Vereinbarungscharakter und wird nach Eintragung im Grundbuch zum Inhalt des Sondereigentums aller Wohnungs- und Teileigentümer. Die spätere Umwandlung von Teileigentum in Wohnungseigentum und umgekehrt stellt eine Inhaltsänderung des Sondereigentums der Wohnungs- und Teileigentümer im Sinne von §§ 873, 877 BGB dar. Sie erfordert materiell deren Zustimmung und grundbuchrechtlich deren Bewilligung sowie die Eintragung im Grundbuch. Das Erfordernis der Mitwirkung kann aber durch eine ausdrückliche Regelung in der Teilungserklärung, die spätere Wohnungs- und Teileigentümer als Sondernachfolger von der Mitwirkung ausschließt, abbedungen werden; dann bedarf es der Mitwirkung der übrigen Eigentümer nicht. Ist die Vereinbarung im Grundbuch eingetragen, wird sie nach § 5 Abs. 4 WEG zum Inhalt des Sondereigentums aller Wohnungseigentümer und wirkt auch gegen Sonderrechtsnachfolger der Wohnungs- und Teileigentümer (§ 10 Abs. 2 WEG)⁴³.

Ebenso bedarf es in einem solchen Falle der Mitwirkung sonstiger dinglich Berechtigter nicht, es sei denn es handelt sich um Berechtigte, die bereits bei Begründung von Wohnungs- und Teileigentum im Grundbuch eingetragen waren. Sonstige dinglich Berechtigte können ihre Rechtsposition der Vornahme einer solchen Umwandlung nicht entgegensetzen, da sie hierdurch i. S. des § 19 GBO nicht betroffen sind⁴⁴. Es bedarf jedoch einer neuen Abgeschlossenheitsbescheinigung, da das Ausstattungserfordernis von Wohnungseigentum und Teileigentum verschieden ist⁴⁵.

5. Die verschiedenen Elemente der Regelungen in der Gemeinschaftsordnung – Vereinbarung und Beschluß – unter Berücksichtigung der Entscheidung des BGH zur Aufhebung der Praxis der Zitterbeschlüsse – nachträgliche Vereinbarungen von Sondernutzungsrechten

⁴³ BayObLG DNotZ 1990, 42 = Rpfleger 1989, 325; BayObLG DNotZ 1996, 666 = WuM 1996, 357; BayObLG NJW RR 1997, 586 = WuM 1997, 401; BayObLG NJW RR 2001, 1163 = WuM 2001, 199;

⁴⁴ BayObLG DNotZ 1990, 42, 43 = Rpfleger 1989, 325; Rapp, a.a.O., Rdn. 113 mit Formulierungsvorschlag; vgl. auch Rapp MittBayNot. 1998, 77, 79

⁴⁵ Rapp, a.a.O., Rdn. 110;

Wie bereits ausgeführt, entstehen Sondernutzungsrechte überwiegend im Rahmen der Gründungsakte, sei es nach § 3 WEG (Vereinbarung) oder nach § 8 WEG (einseitige statuarische Festlegung). Diese Bestimmungen wirken, nachdem sie im Grundbuch eingetragen sind, als sogenannte verdinglichte schuldrechtliche Vereinbarungen gemäß § 10 Abs. 2 WEG für und gegen jeden Rechtsnachfolger.

Vereinbarung

Weitere Vereinbarungen von Sondernutzungsrechten oder sonstige nur einer Vereinbarung zugängliche Regelungen (z. B.: Änderung des Kostenschlüssels, Vereinbarung der Verwalterzustimmung) oder die Abänderung bzw. Aufhebung solcher Bestimmungen können selbstverständlich nach Gründung zu jedem Zeitpunkt erfolgen. Grundsätzlich, ausgenommen es bestehen bereits zulässige Vorbehalte, kann dies immer nur vertraglich, also im Wege einer übereinstimmenden Vereinbarung aller Wohnungseigentümer geschehen. Die Neuregelung oder Abänderung muß im Grundbuch eingetragen werden, um Wirkung gegenüber einem Rechtsnachfolger zu entfalten (§ 10 Abs. 2 WEG).

Beschluss

Das Gesetz bietet in § 23 WEG eine weitere Möglichkeit, Angelegenheiten der Eigentümergemeinschaft zu regeln, nämlich durch Beschlussfassung. Diese Kompetenz der Versammlung, bestimmte Angelegenheiten durch Mehrheitsbeschluss zu regeln, ist aus praktischen Erwägungen vernünftig und notwendig, um Probleme der Gemeinschaft flexibel handhaben zu können. Nicht nur in größeren Gemeinschaften wird es kaum möglich sein, alles einer einvernehmlichen Regelung zugänglich zu machen oder alle Eigentümer zu erreichen.

Die Bindung solcher Beschlüsse gegenüber den überstimmten Eigentümern, den nicht anwesenden Eigentümern und Rechtsnachfolgern wird über die Vorschriften § 10 Abs. 3 WEG (Wirkung gegenüber Rechtsnachfolgern) und § 10 Abs. 4 (Wirkung gegen weitere Eigentümer) erreicht, ohne dass es einer Eintragung im Grundbuch bedarf. Regelungen, die einer Beschlussfassung zugrunde liegen, sind nach überwiegender Auffassung auch nicht im Grundbuch eintragbar⁴⁶. Der Vorschrift § 10 Abs. 3 WEG kommt insoweit große praktische Bedeutung zu, weil damit eine Überlastung des Grundbuchs mit Änderungseintragungen im Hinblick auf den Inhalt des Sondereigentums vermieden wird⁴⁷.

Abgrenzung Vereinbarung und Beschluss:

Hierzu folgender Ausgangsfall:

Fall: Aufhebung der Zitterbeschlusspraxis

BGH, Beschluss vom 20.09.2000, NJW 2000, 3500 = Rpfleger 2001, 19 = DNotZ 2000, 854 mit Anmerkung Rapp

Die Eigentümergemeinschaft beschloss im Jahre 1989 mit Stimmenmehrheit, dem Eigentümer einer in dessen Teileigentum eingerichteter Gaststätte die alleinige Nutzung des Vorgartens als Schankfläche zu gestatten. Ein späterer Erwerber eines Wohnungseigentums fühlte sich gestört und verlangte die Unterlassung der entsprechenden Nutzung. Er beruft sich darauf, dass ein entsprechendes Sondernutzungsrecht, welches gem. § 10 Abs. 2 WEG nicht im Grundbuch eingetragen sei, ihm gegenüber keinerlei Wirkung entfalte.

Der Eigentümer der Gaststätte beruft sich auf die Gültigkeit des Beschlusses gemäß § 23 Abs. 4 Satz 1 BGB, da dieser nicht gemäß § 43 Abs. 1 Nr. 4 WEG angefochten worden sei.

Dieser Fall zeigt die Diskrepanz von Vereinbarung und Beschluss auf.

- Würde es sich um eine zulässige Beschlussfassung – bzw. eine aufgrund nicht erfolgter Anfechtung bestandskräftige Beschlussfassung – handeln, so wäre diese gegenüber dem späteren Erwerber gemäß § 10 Abs. 3 WEG wirksam, ohne dass ein Grundbucheintrag erfolgt ist. Selbst wenn der Inhaber der Gaststätte im Anschluss an den Beschluss auf einer Grundbucheintragung bestanden hätte, so wäre diese noch nicht einmal durchführbar gewesen, da Beschlüsse nicht eintragungsfähig sind.
- Wäre die Einräumung eines Sondernutzungsrechtes nur einer einvernehmlichen Vereinbarung aller Wohnungseigentümer zugänglich und wäre eine solche im Nachgang zu dem Beschluss tatsächlich zustande gekommen, so würde ein lediglich schuldrechtliches Sondernutzungsrecht vorliegen, welches mangels Grundbucheintrag auf Grund der eingetretenen Rechtsnachfolge nach Auffassung des OLG Köln⁴⁸, nunmehr bestätigt durch den BGH⁴⁹, erloschen ist. Eine einvernehmliche Vereinbarung hätte damit mangels Eintragung weniger Rechtswirkungen als ein Beschluss.

Der vorstehende Sachverhalt führte zur wichtigsten⁵⁰ Entscheidung des BGH in der bis dahin fast 50-jährigen Geschichte des Wohnungseigentumsgesetzes⁵¹.

Bis zur Entscheidung des BGH war ebenfalls einhellige Rechtsauffassung, dass Änderungen der Gemeinschaftsordnung nur durch Vereinbarung aller Miteigentümer möglich sind⁵². Häufig ergab sich jedoch ein sachliches Bedürfnis, die Gemeinschaftsordnung abzuändern (z. B. Kostenverteilung nach der gesetzlichen Regelung entsprechend Miteigentumsanteilen, tatsächlich entspricht die Nutzung der einzelnen Eigentümer jedoch nicht diesem Verhältnis, da die Verteilung der Miteigentumsanteile in keiner Weise den

⁴⁶ Haegele, a.a.O., Rdn. 2909 c, 2886; Weitnauer, Wohnungseigentumsgesetz, 8 Auflage, 1995, § 10 WEG, Rdn. 32; OLG Frankfurt Rpfleger 1980, 231; BayObLG DNotZ 1984, 101 = Rpfleger 1983, 348; Demharter DNotZ 1991, 28; a.A.: Bärmann a.a.O., § 10, Rdn. 64; vgl. hierzu auch Schneider Rpfleger 2002, 503, 504 f;

⁴⁷ Bärmann a.a.O., § 10, Rdn. 66;

⁴⁸ OLG Köln DNotZ 2002, 223 mit Anmerkung Häublein;

⁴⁹ BGH NJW 2002, 2863, 2864; so auch OLG Hamburg, ZMR 2002, 216 = NZM 2002, 27 zum Erlöschen einer schuldrechtlichen Kostenverteilungsvereinbarung;

⁵⁰ so Röll DNotZ 2000, 898; Armbrüster JUS 2002, 452; Wenzel ZNotP 2001, 86;

⁵¹ BGH, Beschluss vom 20. 09. 2000, NJW 2000, 3500 = Rpfleger 2001, 19 = DNotZ 2000, 854 mit Anmerkung Rapp;

⁵² Drasdo BWNotZ 2002, 1 mit weiteren Nachweisen in Fußnote 7;

Quadratmeterzahlen entspricht). Die Durchführung einer Vereinbarung und deren Eintragung ins Grundbuch (Wirkung gegen Rechtsnachfolger) scheiterte vielfach daran, dass einzelne Eigentümer die Zustimmung verweigerten oder nicht bereit waren, einen Notar aufzusuchen. Die Verwaltungspraxis hat sich deshalb mit der sogenannten Pseudovereinbarung, auch „Zitterbeschluss“ genannt, geholfen. Ein Punkt, der eigentlich einer Vereinbarung bedurfte hätte, wurde auf die Tagesordnung gesetzt und sodann mehrheitlich beschlossen. Kam es nicht zu einer Anfechtung innerhalb der Einmonatsfrist, so wurde der Beschluss als bestandkräftig angesehen und änderte die Gemeinschaftsordnung⁵³.

Rechtsprechung und Literatur hatten im Anschluss an eine Entscheidung des BGH vom 21. 05. 1970⁵⁴ die vorstehende Praxis als geltendes Recht anerkannt. Ein unangefochtener Mehrheitsbeschluss wurde als gültig angesehen, auch wenn für die Entscheidung Einstimmigkeit erforderlich gewesen wäre. Rechtsprechung und Literatur haben versucht, einer ausufernden Praxis eine Grenze zu setzen. Als wirksam wurden nur solche Beschlüsse angesehen, die nicht gegen zwingende gesetzliche Vorschriften des WEG, gesetzliche Verbote oder die guten Sitten verstoßen und auch den Kernbereich (Kernbereichstheorie⁵⁵) des Wohnungseigentums nicht verletzen und insgesamt sachlich gerechtfertigt waren und einzelne Wohnungseigentümer nicht unbillig benachteiligten⁵⁶. Danach wäre es bereits nach dieser Rechtsprechung nicht ohne weiteres möglich gewesen, eine der Gemeinschaft zustehende Fläche ohne weiteres durch Sondernutzungsrecht zu Gunsten Dritter zu entziehen, ein gewährtes Sondernutzungsrecht einzuschränken⁵⁷ oder den Kostenverteilungsschlüssel ohne sachlichen Grund abzuändern⁵⁸.

Der Beschlusspraxis niemals zugänglich waren Eingriffe in das sachenrechtliche Grundverhältnis, also Abänderungen der Miteigentumsanteile oder Verschiebung der Grenzen von Sonder- und Gemeinschaftseigentum. Hier bedurfte es immer schon der Einstimmigkeit. Für die Praxis der Pseudovereinbarungen und Zitterbeschlüsse sprach, dass damit einer Erstarrung und Überalterung der Gemeinschaftsordnung entgegengewirkt werden konnte. Der Nachteil war, dass das Grundbuch mehr und mehr entwertet wurde und niemand mehr auf die eingetragene Gemeinschaftsordnung vertrauen konnte. Der Erwerber einer Wohnung mußte sich vielmehr mit einer großen Zahl von teils nicht mehr überschaubaren Beschlussprotokollen auseinandersetzen⁵⁹.

Der BGH setzte mit seiner Entscheidung vom 20. 09. 2000 der Rechtsauffassung zur Zulässigkeit sogenannter Pseudovereinbarungen ein Ende, da sie den gesetzlichen Regelungszusammenhang von Vertrags- und Mehrheitsprinzip auf den Kopf stelle, die Vorschrift des § 10 Abs. 2 WEG umgehe und die Publizität des Grundbuchs entwerte⁶⁰. Danach gilt:

1. Ein Sondernutzungsrecht kann nur durch Vereinbarung, nicht auch durch bestandskräftig gewordenen Mehrheitsbeschluss begründet werden. Der Wohnungseigentümersversammlung fehlt hierzu die absolute Beschlußkompetenz.
2. Durch Beschlussfassung können nur solche Angelegenheiten geordnet werden, über die nach dem Wohnungseigentumsgesetz oder nach einer Vereinbarung die Wohnungseigentümer durch Beschluss entscheiden dürfen, anderenfalls bedarf es einer Vereinbarung.
3. § 23 Abs. 4 WEG, wonach ein Beschluss nur ungültig ist, wenn er für ungültig erklärt wurde, setzt voraus, daß die Wohnungseigentümer überhaupt durch Beschluss entscheiden durften.
4. Ein trotz absoluter Beschlussunzuständigkeit gefaßter Beschluss ist nichtig.
5. Der Beschluss in einer Angelegenheit, welche die Regelung des Gebrauchs (WEG § 15), der Verwaltung (§ 21 WEG) und der Instandhaltung oder Instandsetzung des gemeinschaftlichen Eigentums (WEG § 22) betrifft, aber nicht mehr eine „ordnungsmäßige“ Maßnahme zum Inhalt hat, ist nur anfechtbar⁶¹.

Wie bereits ausgeführt, hätte der vorliegende Fall zu Gunsten der ausgeschlossenen Eigentümer auch mit der Kernbereichstheorie begründet werden können. Diese betrifft jedoch die Frage, inwieweit materiellrechtlich das Wohnungseigentum mehrheitsfest ist. Eine ganz andere Frage bzw. Vorfrage ist jedoch, ob der Eigentümersammlung überhaupt diesbezüglich eine Entscheidungskompetenz zusteht⁶².

Die wesentliche praktische Bedeutung dieser Rechtsprechung liegt nunmehr darin; dass nach früherer Auffassung derartige Beschlüsse bei Nichtanfechtbarkeit bestandskräftig wurden, während sie nunmehr nichtig sind und auch nach Ablauf der Frist des § 23 Abs. 4 WEG mit dem Ziel der Nichtigkeitsfeststellung noch angefochten werden können.

Die Entscheidung des BGH führt zu einem grundsätzlichen Überdenken der Regelungsbereiche von Vereinbarungen und Beschlüssen. Eine weitere Frage ist, inwieweit durch Vorbehalte bzw. Öffnungsklauseln in der Teilungserklärung Bereiche, die an sich der einstimmigen Vereinbarung unterliegen, einer Mehrheitsentscheidung zugeführt werden können.

Im Anschluss an die Entscheidung des BGH, die vornehmlich von Buck⁶³ und Wenzel⁶⁴ wissenschaftlich vorbereitet war, ergibt sich folgende Unterscheidung für die Regelungen in der Gemeinschaftsordnung:

Es gibt Regelungen auf

1. der Vereinbarungsebene und
2. der Beschlussebene,

Entsprechende Regelung bei Begründung von Wohnungseigentum haben die gleiche rechtliche Qualität, sind jedoch unproblematisch, da sie quasi einstimmig entstehen. Die Unterschiedliche rechtliche Qualität kommt erst zum Tragen, wenn nachträgliche Änderungen zur Gemeinschaftsordnung anstehen.

⁵³ vgl. zur vormaligen Rechtspraxis: BGH, Beschluss vom 20. 09. 2000, NJW 2000, 3500, 3501 = Rpfleger 2001, 19 = DNotZ 2000, 854; Wudy MittRhNotK 2000, 383 mit weiteren Nachweisen; Drasdo BWNotZ 2002, 1; Haegele, a.a.O., Rdn. 2887 a; Röhl DNotZ 2000, 898; Rapp DNotZ 2000, 864; Fisch MittRhNotK 1999, 213;

⁵⁴ BGH NJW, 1970, 1316;

⁵⁵ vgl. zur Kernbereichstheorie BGH, Beschluss vom 20. 09. 2000, NJW 2000, 3500, 3502 = Rpfleger 2001, 19 = DNotZ 2000, 854;

⁵⁶ Wudy MittRhNotK 2000, 383; Fisch MittRhNotK 1999, 213, 219; Röhl DNotZ 2000, 898, 902; Hügel DNotZ 2001, 176, 177; BGH DNotZ 1995, 599; Haegele, a.a.O., Rdn. 2887 a;

⁵⁷ vgl. BGH, Beschluss vom 20. 09. 2000, NJW 2000, 3502 = Rpfleger 2001, 19 = DNotZ 2000, 854;

⁵⁸ BGH NJW 1985, 2832 = DNotZ 1986, 83;

⁵⁹ Wudy MittRhNotK 2000, 383, 384;

⁶⁰ BGH, Beschluss vom 20. 09. 2000, NJW 2000, 3500 = Rpfleger 2001, 19 = DNotZ 2000, 854 mit Anmerkung Rapp;

⁶¹ BGH a.a.O.;

⁶² BGH, Beschluss vom 20.09.2000, NJW 2000, 3500, 3502 = Rpfleger 2001, 19 = DNotZ 2000, 854; vgl. hierzu auch Wenzel ZNotP 2001, 86;

⁶³ Buck WE 1998, 90;

⁶⁴ Wenzel in Festschrift für Hagen, 1999, 231; Wenzel ZWE 2000, 2;

Vereinbarungsebene

Regelungen auf der Vereinbarungsebene bedürfen grundsätzlich der Einstimmigkeit und, um Wirkung gegenüber einem Rechtsnachfolger zu erzeugen, der Eintragung in das Grundbuch.

Werden bzw. wurden solche Regelungen im Beschlussweg getroffen, so nennt man diese auch Beschlüsse mit „vereinbarungs- bzw. gesetzesänderndem Inhalt“. Sie sind dadurch gekennzeichnet, dass sie eine Bestimmung des Gesetzes oder der Gemeinschaftsordnung für die Zukunft, also auf Dauer aufheben⁶⁵. (Beispiele: Begründung und Änderung von Sondernutzungsrechten; Änderung des Kostenschlüssels, Vereinbarung, dass Verwalterzustimmung für Vermietung oder Veräußerung erforderlich ist oder künftig nicht mehr erforderlich ist.)

Die Eigentümerversammlung hat nach der Entscheidung des BGH vom 20. 09. 2000⁶⁶ für derartige Beschlüsse keine Kompetenz. Insoweit gefaßte Beschlüsse sind nichtig, es sei denn, diese sind einstimmig⁶⁷ oder kraft eines Vorbehalts in der Teilungserklärung mit der entsprechenden erlaubten Mehrheit gefasst. Was zu vereinbaren ist, kann nicht beschlossen werden, so lange nicht vereinbart wird, dass dies auch beschlossen werden darf. Beschlusskompetenz kann auch nicht dadurch begründet werden, einen in angemessener Kompetenz gefaßten Beschluss bestandskräftig werden zu lassen⁶⁸.

Beschlussebene / Beschlusskompetenz

Wesentlich für das Verständnis der auf der Beschlussebene zulässigen Entscheidungen ist die Tatsache, dass nach dem Willen des Gesetzgebers die Mehrheitsentscheidung die Ausnahme und nicht die Regel ist.

Gemäß § 23 Abs.1 WEG können nur solche Angelegenheiten durch Beschluss geregelt werden, über die nach dem WEG oder nach einer Vereinbarung die Wohnungseigentümer durch Beschluss entscheiden können. Andernfalls bedarf es einer Vereinbarung (§ 10 Abs. 1 WEG). Die Mehrheitsentscheidung wird vom Gesetz nur dort zugelassen, wo es um das der Gemeinschaftsordnung nachrangige Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander geht⁶⁹. Beschlüsse haben überwiegend die laufende Verwaltung zum Gegenstand, während Vereinbarungen über den konkreten Einzelfall hinaus Bedeutung haben und das Grundverhältnis der Gemeinschaftsordnung betreffen⁷⁰. Hierbei nimmt das WEG eine Zwischenposition zwischen dem Recht der Personengesellschaften (Prinzip der Einstimmigkeit, vgl. 119 HGB) und dem Recht der Körperschaftlich organisierten Verbände des Gesellschaftsrechts (vgl. §§ 32 BGB, 133 AktG, 47 Abs. 1 GmbHG-Mehrheits-/bzw. Beschlussprinzip) ein⁷¹. Es entscheidet sich

für das Einstimmigkeitsprinzip, allerdings mit gesetzlich und durch Vereinbarung zugelassenen Ausnahmen.

Dem Mehrheitsprinzip unterliegen nach dem Gesetz Beschlüsse über

- ordnungsgemäße Gebrauchsregelungen (§ 15 Abs. 2 WEG)⁷²;
- das Verlangen über das Entziehen von Wohnungseigentum (§ 18 Abs. 3 WEG);
- die ordnungsgemäße Verwaltung (§ 21 Abs. 3 WEG);
- die ordnungsgemäße Instandhaltung und Instandsetzung des gemeinschaftlichen Eigentums (§ 22 Abs. 1 WEG);
- die Bestellung und Abberufung des Verwalters (§ 26 Abs. 1 WEG);
- das Verlangen der Gemeinschaft an den Verwalter auf Rechnungslegung (§ 28 Abs. 4 WEG);
- über den Wirtschaftsplan, die Abrechnung und Rechnungslegung (§ 28 Abs. 4 WEG);
- die Bestellung eines Verwaltungsbeirats (§ 29 Abs. 1 WEG).

Besonderheiten gelten nunmehr aber für den Fall, dass zwar Entscheidungen im Rahmen der Beschlusskompetenz getroffen werden, die entsprechenden Regelungen sich jedoch nicht mehr im Rahmen des ordnungsgemäßen Gebrauchs (§ 15 WEG), der ordnungsgemäßen Verwaltung (§ 21 WEG) und der ordnungsgemäßen Instandhaltung oder Instandsetzung des gemeinschaftlichen Eigentums (§ 22 WEG) bewegen. In diesen Fällen räumt das Gesetz die Möglichkeit einer Mehrheitsentscheidung nur ein, sofern es sich um eine „ordnungsgemäße“ Maßnahme handelt. Die Wohnungseigentümerversammlung ist also nicht von vornherein für eine Beschlussfassung absolut unzuständig, vielmehr darf sie lediglich keine Maßnahmen treffen, die über die Ordnungsmäßigkeit hinausgehen. Ob die entsprechende Grenze überschritten ist, wird vielfach von den Umständen des Einzelfalles abhängen. Aus Gründen der Rechtssicherheit kann jedoch das Maß der Ordnungsmäßigkeit nicht für die Kompetenzbegründung entscheidend sein. Die Ordnungsmäßigkeit ist nicht kompetenzbegründend⁷³.

Für Gebrauchs-, Verwaltungs- und Instandhaltungsregelungen gilt daher weiterhin das Prinzip, wonach bestandskräftige Mehrheitsbeschlüsse gültig sind, auch wenn der Regelungsgegenstand den Abschluss einer Vereinbarung oder Einstimmigkeit erfordert hätte (*vereinbarungsersetzende Beschlüsse*)⁷⁴.

Vereinbarungsersetzende Beschlüsse sind Beschlüsse der vorgenannten Art, bei denen grundsätzlich die Beschlussskompetenz vorliegt, in der beschlossenen Angelegenheit aber die im Gesetz selbst gezogene Grenze überschritten wurde und somit die Angelegenheit nur über eine Vereinbarung oder einstimmigen Beschluss hätte geregelt werden können⁷⁵. Bei

⁶⁵ Wenzel ZWE 2000, 2; Wudy MittRhNotK 2000, 383, 385; Rapp DNotZ 2000, 867;

⁶⁶ BGH, Beschluss vom 20. 09. 2000, NJW 2000, 3500, 3502 = Rpfleger 2001, 19 = DNotZ 2000, 854;

⁶⁷ Vereinbarung und Beschluss besitzen unterschiedliche Rechtsqualität. Ein einstimmiger Beschluss wird nicht zur Vereinbarung, weil alle zugestimmt haben, vielmehr kommt es auf den Regelungsinhalt an, wobei hier eine Vereinbarung anzunehmen ist. Vgl. hierzu Bärmann, a.a.O., § 23 Rdn. 16 und 16 a; Hügel DNotZ 2001, 177, 179; Wird durch einstimmigen „Beschluss“ ein Sondernutzungsrecht begründet, so liegt der Sache nach eine Vereinbarung über die Änderung der Teilungserklärung vor, BayObLG DNotZ 2002, 142, 143 = Rpfleger 2001, 404;

⁶⁸ Wenzel ZNotP 2001, 83, 86;

⁶⁹ Wenzel ZNotP 2001, 83, 86;

⁷⁰ Hügel DNotZ 2001, 179;

⁷¹ Karsten Schmidt JUS 2001, 189, 190; Wenzel ZNotP 2001, 83, 86, vgl. auch Rapp DNotZ 2000, 866;

⁷² vgl. hierzu z. B. BGH NJW 2000, 3211 – Über die Vermietbarkeit von im Gemeinschaftseigentum stehenden Räumen einer Wohnungseigentumsanlage kann im Wege der Gebrauchsregelung durch Mehrheitsbeschluss entschieden werden;

⁷³ BGH, Beschluss vom 20. 09. 2000, NJW 2000, 3500, 3503 = Rpfleger 2001, 19 = DNotZ 2000, 854; Wenzel ZNotP 2001, 83, 87;

⁷⁴ Wenzel ZNotP 2001, 83, 88; Hügel DNotZ 2001, 177, 180; Rapp DNotZ 2000, 867; BGH, Beschluss vom 20. 09. 2000, NJW 2000, 3500, 3502, 3503 = Rpfleger 2001, 19 = DNotZ 2000, 854; BayObLG DNotZ 2001, 214 = DNotl-Report 2001, 34;

⁷⁵ Wenzel ZWE 2000, 2, 5, 6; Buck WE 1998, 90, 92, 93; Wudy MittRhNotK 2000, 383, 385;

diesen Beschlüssen besteht also grundsätzlich die Beschlusskompetenz der Eigentümerversammlung, in der beschlossenen Angelegenheit wird jedoch die vom Gesetz gezogene Grenze, die für den konkreten Fall Einstimmigkeit aller Eigentümer verlangt, überschritten.

Die neue Terminologie kennt neben den bereits erwähnten

- Beschlüssen mit *vereinbarungs- bzw. gesetzesänderndem* Inhalt (nichtig) und den
- Beschlüssen mit *vereinbarungsersetzendem* Inhalt (nur anfechtbar)

noch die so genannten

- Beschlüsse mit *vereinbarungs- oder gesetzeswidrigem* Inhalt (nur anfechtbar).

Ein Beschluss mit *vereinbarungs- oder gesetzeswidrigem* Inhalt liegt vor, wenn eine Angelegenheit, die nach ihrem Regelungsinhalt einer Vereinbarung bedurft hätte, durch eine Mehrheitsentscheidung geregelt wird, diese Regelung aber eine Bestimmung der Gemeinschaftsordnung oder des Gesetzes nur als Einzelfall, also ohne Zukunftswirkung ändert. Auch diese Beschlüsse sind lediglich anfechtbar⁷⁶. Bei den vereinbarungswidrigen- oder gesetzeswidrigen Beschlüssen wird die Teilungserklärung nicht abgeändert, sondern nur in concreto falsch angewendet (z. B. falsche Anwendung eines Kostenschlüssels)⁷⁷.

Öffnungsklausel:

Im Anschluss an die Entscheidung des BGH vom 20. 09. 2000 wird in der Literatur die vermehrte Aufnahme von Öffnungsklauseln, auch Vorbehalte genannt, in Teilungserklärungen vorgeschlagen⁷⁸. Damit soll eine flexiblere Handhabung für die Angelegenheiten der Gemeinschaft erreicht werden.

Eine Öffnungsklausel ist nichts anderes als eine vertraglich geschaffene Beschlusskompetenz i. S. von § 23 Abs. 1 WEG. Ist sie in der Teilungserklärung vorhanden oder wird sie später durch die Eigentümer einvernehmlich vereinbart und in das Grundbuch eingetragen, so eröffnet sie die Möglichkeit, einzelne Bestimmungen der Gemeinschaftsordnung durch Mehrheitsbeschluss abzuändern. Auf Grund einer solchen Öffnungsklausel kann die Eigentümerversammlung aber nicht beliebig beschließen, sondern nur, wenn für die Abänderung der konkreten Bestimmung durch Mehrheitsbeschluss ein sachlicher Grund vorliegt und kein Wohnungseigentümer dadurch unbillig benachteiligt wird. Derartige Öffnungsklauseln werden überwiegend als zulässig erachtet⁷⁹.

Fall: Abwandlung des vorhergehenden Falles

BGH, Beschluss vom 20. 09. 2000, NJW 2000, 3500 = Rpfleger 2001, 19 = DNotZ 2000, 854 mit Anmerkung Rapp

Die Eigentümergemeinschaft beschließt mit Stimmenmehrheit, dem Eigentümer einer in dessen Teileigentum eingerichteter Gaststätte die alleinige Nutzung des Vorgartens als Schankfläche zu gestatten.

In der Teilungserklärung war vorbehalten, jegliche Änderungen der Gemeinschaftsordnung durch Mehrheitsbeschluss vornehmen zu dürfen.

Da der Entzug des gemeinschaftlichen Eigentums von den anderen Eigentümern nicht ohne weiteres hinzunehmen ist, wird man eine derartig weite und zu unbestimmte Öffnungsklausel als nicht sachgerecht und für nichtig ansehen müssen⁸⁰. Auf jeden Fall sind darauf begründete Beschlüsse nichtig, soweit sie Vereinbarungscharakter haben und ihnen eine sachliche Rechtfertigung fehlt⁸¹. Generell wird man sagen können, je präziser der Änderungsvorbehalt die mögliche Änderung beschreibt, etwa die Einräumung von Sondernutzungsrechten für Stellplätze auf einem bestimmten Grundstück, desto weniger kann der Wohnungseigentümer darauf vertrauen, dass die Änderung nicht ohne weiteres durchgeführt wird. Je genereller der Vorbehalt gefasst ist, desto mehr kann der Eigentümer darauf vertrauen, dass seine Rechtsposition Bestand hat⁸².

Gleichermaßen wird man für konkret beschriebene Vorbehalte⁸³ eine Zustimmung der dinglich Berechtigten nicht mehr fordern können, jedoch für Beschlüsse auf Grund sehr allgemeiner Vorbehalte.

Bezüglich der Öffnungsklauseln ergibt sich im Anschluss an die vom BGH anerkannte strikte Trennung von Vereinbarung und Beschluss aber ein weiteres Problem:

Angenommen ein Sondernutzungsrecht wird auf Grund einer wirksamen Öffnungsklausel mit Mehrheitsbeschluss eingeräumt. Ein solches Sondernutzungsrecht wäre, da auf einer Beschlussfassung beruhend, gegenüber einem Rechtsnachfolger gemäß § 10 Abs. 3 WEG wirksam und könnte als Beschluss noch nicht einmal in das Grundbuch eingetragen werden. Im Ergebnis würden damit zwei unterschiedliche Qualitäten von Sondernutzungsrechten bestehen (Zweiklassengesellschaft von Sondernutzungsrechten), nämlich solche, die im Grundbuch eingetragen sind und solche, die nicht eingetragen sind und auch gar nicht eintragungsfähig wären⁸⁴.

Hügel⁸⁵ schlägt entgegen der bislang h. M.⁸⁶ vor, solche die Vereinbarungsebene berührende und auf Grund Öffnungsklauseln zustande gekommenen Beschlüsse ebenfalls als Vereinbarungen zu qualifizieren und ihnen Wirkung gegenüber Sonderrechtsnachfolgern nur dann beizumessen, wenn eine Eintragung in das Grundbuch erfolgt ist. Der Mehrheits-

⁸⁰ Rapp DNotZ 2000, 868; vgl. hierzu auch Krause NotBZ 2001, 433, 440;

⁸¹ BGH DNotZ 1986, 83;

⁸² Krause NotBZ 2001, 433, 440;

⁸³ vgl. BayObLG DNotZ 1996, 87, 91; BayObLG DNotZ 1996, 479;

⁸⁴ vgl. hierzu Hügel DNotZ 2001, 176, 181 ff; vgl. auch Haegele, a.a.O., Rdn. 2886 zur Nichteintragbarkeit von Beschlüssen und Entscheidungen mit weiteren Nachweisen;

⁸⁵ Hügel DNotZ 2001, 176, 191 ff; zustimmend auch Schneider Rpfleger 2002, 503, 505;

⁸⁶ vgl. hierzu Hügel DNotZ 2001, 176, 179; vgl. auch Röhl DNotZ 2000, 898, 902;

⁷⁶ Vgl. Wenzel ZWE 2000, 2, 3, 7, 8; Wudy MittRhNotK 2000, 383, 385;

⁷⁷ Wenzel ZNotP 2001, 82, 87; Rapp DNotZ 2000, 864, 866;

⁷⁸ vgl. Drasdo BWNotZ 2002, 1; Wudy MittRhNotK 2000, 383, 384; Röhl DNotZ 2000, 898; Röhl ZWE 2000, 13, 17; Hügel DNotZ 2001, 177; Rapp DNotZ 2000, 864, 867; Krause NotBZ 2001, 433, 436 ff;

⁷⁹ BGH DNotZ 1986, 83; Wudy MittRhNotK 2000, 383, 384; Fisch MittRhNotK 1999, 213, 233; Röhl ZWE 2000, 13, 17; Hügel DNotZ 2001, 177; Grebe DNotZ 1987, 5;

beschluss führe dazu, dass die weiteren Eigentümer verpflichtet seien, eine entsprechende Bewilligung abzugeben.

Nachdem der BGH mit seiner Entscheidung vom 20. 09. 2000⁸⁷ die Stellung des Eigentümers in der Gemeinschaft aufgewertet und zu erkennen gegeben hat, dass sich der Inhalt des Eigentums aus dem Grundbuch und nicht aus den Beschlüssen der Eigentümergemeinschaft ergeben müsse⁸⁸, erscheint die Auffassung von Hügel zumindest für den Bereich der Sondernutzungsrechte, da diese die dingliche Zuordnung der Nutzungsberechtigung und das Ausmaß des eingeräumten tatsächlichen Bereichs der Eigentumssubstanz betreffen, richtig und konsequent. Die umfassende Anerkennung der Sondernutzungsrechte durch Literatur und Rechtsprechung hat diesen eine Stellung verschafft, die sie in unmittelbare Nähe des Sondereigentums rückt⁸⁹. Insbesondere muss in diesen Fällen, um den Gläubigerschutz nicht zu entwerten, die Zustimmung der dinglich Berechtigten verlangt werden, was bei einer Einräumung von Sondernutzungsrechten im Beschlusswege umgangen wird⁹⁰. Ganz unüberschaubar wird ansonsten die Rechtslage, wenn solche Sondernutzungsrechte an Dritte mit der Wirkung des § 10 Abs. 2 WEG übertragen werden sollen⁹¹. Vorbehalte auf der Vereinbarungsebene, die dagegen die innere Ordnung der Gemeinschaft betreffen (z. B. Änderung des Kostenschlüssels, Entscheidung über Verwalterzustimmung) sollten dagegen einer Beschlussfassung mit den Konsequenz des § 10 Abs. 3 WEG zugänglich bleiben.

In der Praxis ist dieses Problem insoweit etwas entschärft, als die spätere Einräumung von Sondernutzungsrechten überwiegend nicht über eine allgemeinere Öffnungsklausel, sondern über die konkrete Regelung des Ausschlusses einzelner Eigentümer (negative Komponente) sowie Zuweisung der Berechtigung mit Bewilligungsbefugnis (positive Komponente) an den Berechtigten erreicht und damit auch der problemlose Grundbuchvollzug sichergestellt wird. In diesem Falle ist eine Zustimmung der dinglich Berechtigten nicht erforderlich⁹².

III

Begründung, Abänderung und Aufgabe bzw. Erlöschen von Sondernutzungsrechten

1. Begründung:

Wie bereits dargestellt können Sondernutzungsrechte durch den Gründungsakt (Teilung nach § 8 oder § 3 WEG) oder durch spätere Vereinbarung (§ 10 Abs. 1 Satz 2 WEG) aller Eigentümer entstehen. Die Vereinbarung der Wohnungseigentümer ist ein schuldrechtlicher Vertrag. Er bedarf keiner besonderen Form; insbesondere gelten §§ 311 b Abs. 1, 925 BGB nicht, da das Sondernutzungsrecht kein Grundstück oder grundstücksgleiches Recht ist⁹³.

Das Sondernutzungsrecht entsteht damit bereits durch die schuldrechtliche Vereinbarung. Bis zur Eintragung spricht man von einem „schuldrechtlichen Sondernutzungsrecht“. Es bedarf zu seiner materiell-rechtlichen Entstehung nicht der Einigung und Eintragung in das Grundbuch (§ 873 BGB)⁹⁴.

Dies folgt bereits aus dem Wortlaut des § 10 Abs. 2 WEG⁹⁵.

Ganz anders ist dies bei der Begründung und Aufhebung von Sondereigentum.

Entsprechend § 873 Abs. 1 BGB bestimmt § 4 Abs. 1 WEG, daß zur Einräumung (und zur Aufhebung) des Sondereigentums die Einigung der Beteiligten über den Eintritt der Rechtsänderung und die Eintragung in das Grundbuch erforderlich ist. Diese Einigung ist ein auflassungsähnlicher Vorgang, da die sondereigentumsfähigen Gegenstände vom Miteigentum in Alleineigentum überführt werden. Konsequenterweise schreibt deshalb § 4 Abs. 2 WEG für diese Einigung die Form der Auflassung (§ 925 BGB) vor. Bedingtes oder befristetes Sondereigentum ist deshalb nicht möglich⁹⁶.

Um dem Sondernutzungsrecht die entsprechende Wirkung gegenüber einem Rechtsnachfolger (§ 10 Abs. 2 WEG) zu verleihen, ist neben der schuldrechtlichen Vereinbarung auch eine dingliche Einigung entsprechend §§ 873, 877 BGB und Eintragung in das Grundbuch erforderlich⁹⁷. Dabei ist zu beachten, dass der vielfach verwandte Begriff „dingliches Sondernutzungsrecht“ unzutreffend ist. Denn durch den Grundbucheintrag wird das Sondernutzungsrecht zwar zum Inhalt des Sondereigentums (§ 5 Abs. 4 WEG), gleichwohl wird es dadurch nicht zu einem dinglichen Recht⁹⁸.

Das eingetragene Sondernutzungsrecht ist weder ein dingliches noch gar ein grundstücksgleiches Recht, sondern ein schuldrechtliches Gebrauchsrecht. Mit der Eintragung im Grundbuch bewirkt es allerdings eine Inhaltsänderung aller Wohnungseigentumsrechte, weil der Sondernachfolger eines durch die Vereinbarung von seinem Mitgebrauchsrecht ausgeschlossenen Wohnungseigentümers das schuldrechtliche Sondernutzungsrecht nunmehr gegen sich gelten lassen muß. Diese Inhaltsänderung bedarf gemäß § 877 BGB in entsprechender Anwendung des § 873 BGB die Einigung aller Wohnungseigentümer. Diese kann schon in der schuldrechtlichen Vereinbarung liegen, muß es aber nicht⁹⁹.

Zur „Verdinglichung“ ist damit stets die Grundbucheintragung notwendig, mit der Folge, dass gemäß § 10 Abs. 2 WEG das Sondernutzungsrecht auch gegenüber einem Rechtsnachfolger wirkt. Die Gemeinschaftsordnung kann entsprechende Befugnis dem Verwalter oder sonstigen Dritten verleihen. Fehlt es daran, müssen alle Wohnungseigentümer die Eintragung bewilligen (§§ 13, 19, 29 GBO)¹⁰⁰.

2. Abänderung im Gemeinschaftsbereich aller Eigentümer:

Zur Änderung eines im Grundbuch eingetragenen Sondernutzungsrechts, z. B. der Verlegung eines Stellplatzes, bedarf es – entsprechend seiner Begründung mit Wirkung gegen Rechtsnachfolger – sowohl einer schuldrechtlichen als auch einer dinglichen Einigung aller Wohnungseigentümer¹⁰¹. Dies macht folgender Fall deutlich:

⁸⁷ BGHNJW 2000, 3500 = Rpfleger 2001, 19 = DNotZ 2000, 854;

⁸⁸ Wenzel ZNotP 2001, 83, 88;

⁸⁹ vgl. Röhl a.a.O., Rdn. 904;

⁹⁰ Hügel DNotZ 2001, 176, 192 f.;

⁹¹ vgl. hierzu Hügel DNotZ 2001, 176, 184;

⁹² BayObLG DNotZ 1996, 87, 91; BayObLG DNotZ 1996, 479;

⁹³ Kreuzer, Festschrift für Merle, 2000, 203, 212; BayObLG DNotZ 2002, 142, 143;

⁹⁴ Wenzel ZNotP 2001, 82, 85; Kreuzer, Festschrift für Merle, 2000, 203, 212; BayObLG DNotZ 2002, 142, 143;

⁹⁵ Schneider Rpfleger, 1998, 9, 10;

⁹⁶ Rapp, a.a.O., Rdn. 26;

⁹⁷ Kreuzer, Festschrift für Merle, 2000, 203, 212, 213; BGH NJW 2000, 3643 = DNotZ 2001, 381 = Rpfleger 2001, 69; BayObLG DNotZ 2002, 142;

⁹⁸ Kreuzer, Festschrift für Merle, 2000, 203, 212, 213;

⁹⁹ BGH NJW 2000, 3643 = DNotZ 2001, 381, 384 = Rpfleger 2001, 69; BayObLG DNotZ 2002, 142; Wenzel ZNotP 2001, 82, 85;

¹⁰⁰ Kreuzer, Festschrift für Merle, 2000, 203, 204 (dort Fußnote 1), 213; Schneider Rpfleger, 1998, 9, 10;

¹⁰¹ BayObLG DNotZ 2002, 142;

Fall:

BayObLG DNotZ, 2002, 142

Die Eigentümergemeinschaft beschließt bei Anwesenheit aller Eigentümer einstimmig, den Bereich eines Sondernutzungsrechtes für einen Stellplatz innerhalb des Gemeinschaftseigentums zu verlegen. Eine Eintragung in das Grundbuch ist noch nicht erfolgt. Eine Eigentümerin (Antragstellerin) will sich an die Vereinbarung nicht mehr halten.

Kann entsprechender Grundbucheintrag von ihr verlangt werden?

Im Ergebnis ist die Antragstellerin verpflichtet, auf Grund der schuldrechtlichen Vereinbarung ihre Einigung über die Verlegung des Stellplatzes zu erklären und die Eintragung im Grundbuch zu bewilligen.

Die Änderung eines Sondernutzungsrechtes kann *schuldrechtlich nur durch Vereinbarung* gemäß § 10 Abs. 1 WEG vorgenommen werden. Dies gilt auch dann, wenn das Sondernutzungsrecht ursprünglich in der Teilungserklärung begründet worden ist, weil die Teilungserklärung ab dem Zeitpunkt, ab dem sie von dem teilenden Eigentümer nicht mehr einseitig abgeändert werden kann, einer Vereinbarung gleichsteht. Die Tatsache, dass die Eigentümer durch Beschluss entschieden haben, obwohl eine Vereinbarung erforderlich gewesen wäre, ist unerheblich, da alle Eigentümer bei der Beschlussfassung anwesend waren und auch einstimmig ihr Votum abgegeben haben. Materiell liegt damit eine wirksame schuldrechtliche Vereinbarung vor.

Zusätzlich bedarf es aber auch einer *dinglichen Einigung*. Das eingetragene Sondernutzungsrecht ist zwar weder ein dingliches noch gar ein grundstücksgleiches Recht, sondern ein schuldrechtliches Gebrauchsrecht. Mit der Eintragung im Grundbuch bewirkt es allerdings eine Inhaltsänderung aller Wohnungseigentumsrechte, so daß hierzu gemäß § 877 BGB in entsprechender Anwendung des § 873 BGB die Einigung aller Wohnungseigentümer erforderlich ist. Demzufolge ist auch die dingliche Einigung aller Wohnungseigentümer erforderlich, wenn wie hier das eingetragene Sondernutzungsrecht abgeändert und die Änderung mit der Wirkung des § 10 Abs. 2 WEG im Grundbuch eingetragen werden soll. Diese Einigung ist formfrei (vgl. §§ 877, 873 Abs. 1, § 925 Abs. 1 BGB, § 4 Abs. 2 WEG). Die erforderliche dingliche Einigung ist vorliegend in der Vereinbarung der Wohnungseigentümer zu sehen. Nach §§ 877, 873 Abs. 2 BGB sind vor der Eintragung die Beteiligten an die Einigung nur gebunden, wenn die Erklärungen notariell beurkundet oder vor dem Grundbuchamt abgegeben oder bei diesem eingereicht sind oder wenn der Berechtigte dem anderen Teil eine den Vorschriften der Grundbuchordnung entsprechende Eintragungsbewilligung ausgehändigt hat. Daran fehlt es hier, da die Antragstellerin ihre Einigungserklärung einseitig widerrufen hatte.

Aufgrund der wirksamen schuldrechtlichen Vereinbarung ist die Antragstellerin jedoch verpflichtet, ihre Einigungserklärung über die Inhaltsänderung aller Wohnungseigentumsrechte hinsichtlich der Verlegung des Stellplatzes abzugeben und zu bewilligen.

Hinzuweisen ist darauf, daß allein die der Antragstellerin auferlegte Verpflichtung zur Abgabe der oben genannten Willenserklärung zur Eintragung der Veränderungsvereinbarung nicht genügt. Dazu bedarf es vielmehr der

Bewilligung aller Wohnungseigentümer, die in der Form des § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO nachgewiesen werden muß¹⁰².

3. Abänderung lediglich im Bereich der Sondernutzungsberechtigten:

Ändern sich einzelne oder mehrere Sondernutzungsrechte im Innenverhältnis, werden also nur die Grenzen zweier Stellplatz- oder Gartenflächen neu geordnet, bedarf dies grundsätzlich nur der Mitwirkung der betroffenen Wohnungseigentümer und ihrer Grundbuchgläubiger, soweit sie betroffen sind. Betroffen ist regelmäßig nur der Gläubiger des abgebenden Eigentümers. Die Mitwirkung der übrigen Wohnungseigentümer oder ihrer Grundbuchgläubiger ist nicht erforderlich¹⁰³. Schuldrechtlich bedarf es für ein derartiges Rechtsgeschäft einer formlosen Vereinbarung. Die dingliche Bindung erfolgt über die Einigung und Erfüllung eines Bindungsmerkmals (§ 873 BGB). Grundbuchrechtlich ist Bewilligung durch die betroffenen Eigentümer und Antragstellung in der Form der §§ 19, 29 GBO erforderlich.¹⁰⁴

4. Übertragung:

Der vorstehend dargestellte Vorgang einer Änderung zwischen einzelnen Sondernutzungsberechtigten ist nichts anderes als eine gegenseitige Übertragung von Teilen des Sondernutzungsrechtes. Die dargestellten Grundsätze gelten entsprechend für eine vollständige Übertragung eines Sondernutzungsrechtes an einen anderen Miteigentümer. Eine solche Übertragung ist uneingeschränkt unter Mitwirkung der betroffenen Gläubiger zulässig, nicht jedoch eine isolierte Übertragung an einen Nichteigentümer. Die übrigen Eigentümer und deren dinglich Berechtigte müssen dabei nicht mitwirken¹⁰⁵. Eine derartige Übertragung stellt eine Inhaltsänderung des Wohnungseigentums dar. Neben der schuldrechtlichen Vereinbarung, für die die Form des § 311 b Abs. 1 BGB nicht vorgesehen ist¹⁰⁶, bedarf es für die Übertragung der Abtretung. Zur Herbeiführung dinglicher Bindung ist über die Einigung hinaus erforderlich, dass eine Bindungsvoraussetzung des § 873 BGB erfüllt ist. Grundbuchrechtlich ist Bewilligung und Antragstellung in der Form der §§ 19, 29 GBO erforderlich. Die Form der Auflassung ist nicht vorgeschrieben. Einer Verwalterzustimmung bedarf es nicht, auch wenn eine solche für die Veräußerung des Wohnungseigentums grundsätzlich vorgesehen ist. Die Übertragung von Sondernutzungsrechten kann jedoch von der Zustimmung des Verwalters abhängig gemacht werden. Der Anspruch auf Übertragung eines Sondernutzungsrechtes kann durch Vormerkung gesichert werden. Die Übertragung eines dinglich gesicherten Sondernutzungsrechtes kann Grunderwerbssteuer auslösen (§ 2 Abs. 2 Nr. 3 GrEStG); Unbedenklichkeitsbescheinigung ist also gegebenenfalls erforderlich¹⁰⁷.

¹⁰² BayObLG DNotZ 2002, 142;

¹⁰³ Kreuzer, Festschrift für Merle, 2000, 203, 221; Haegele, a.a.O., Rdn. 2913; BayObLG DNotZ 1999, 672;

¹⁰⁴ Kreuzer, Festschrift für Merle, 2000, 203, 221;

¹⁰⁵ Demharter GBO, 24. Aufl., Anhang zu § 3 Rdn. 84; Haegele, a.a.O., Rdn. 2963;

¹⁰⁶ Entsprechende Form des § 311 b Abs. 1 BGB ist jedoch erforderlich, wenn die Übertragung im Zusammenhang mit weiteren beurkundungspflichtigen Rechtsgeschäften erfolgt;

¹⁰⁷ vgl. zu vorstehenden Ausführungen Haegele, a.a.O., Rdn. 2963 ff; Kreuzer, Festschrift für Merle, 2000, 203, 219 ff;

5. Erlöschen durch Aufgabe:

Fall:

BGH NJW 2000, 3643 = DNotZ, 2001, 381 = Rpfleger 2001, 69;

Ein Wohnungseigentümer ist Inhaber eines Sondernutzungsrechtes an einer Gartenfläche. Mit notarieller Urkunde hat er auf sein Sondernutzungsrecht verzichtet und die Eintragung der Löschung des Sondernutzungsrechtes im Grundbuch bewilligt und beantragt. Bedarf es zur Löschung der Zustimmung (Vereinbarung/Einigung) der anderen Wohnungseigentümer und deren Bewilligung?

Folgt man den dargestellten Grundsätzen zur Änderung des Sondernutzungsrechtes, wonach eine schuldrechtliche und dingliche Vereinbarung notwendig ist, so müßte man für den Fall, dass ein Sondereigentümer sein Sondernutzungsrecht aufgibt, beide Komponenten gleichermaßen verlangen.

Entsprechend fordert auch ein Großteil der Literatur und Rechtsprechung zur Aufhebung eines Sondernutzungsrechtes neben der schuldrechtlichen Vereinbarung zur Aufhebung gemäß § 10 Abs. 1 WEG zusätzlich gemäß §§ 877, 873 BGB die materiellrechtliche Zustimmung aller Wohnungseigentümer; gleichzeitig leitet diese Auffassung hieraus die verfahrensrechtliche Notwendigkeit einer Löschungsbewilligung der gesamten Eigentümergemeinschaft gemäß §§ 19, 29 GBO ab.

Eine weitere Auffassung vertritt den Standpunkt, zu einer wirksamen Aufhebung eines eingetragenen Sondernutzungsrechtes sei weder materiellrechtlich – insoweit gelte § 875 BGB – noch grundbuchrechtlich eine Mitwirkung der übrigen Wohnungseigentümer notwendig, es genüge vielmehr der einseitige Verzicht¹⁰⁸.

Dagegen ist der BGH in seiner Entscheidung vom 13. 09. 2000¹⁰⁹ einer dritten Auffassung gefolgt. Danach genügt die Bewilligung des begünstigten Eigentümers für die Löschung im Grundbuch. In materiellrechtlicher Hinsicht (zur Beseitigung des verbleibenden schuldrechtlichen Sondernutzungsrechtes) ist aber ebenfalls die Mitwirkung aller Wohnungseigentümer erforderlich¹¹⁰. Der BGH begründet dies wie folgt:

Die Eintragung eines Lösungsvermerks (§ 46 Abs. 1 GBO) erfolgt gemäß § 19 GBO aufgrund einer Bewilligung des hiervon Betroffenen. Betroffen im Sinne des § 19 GBO ist jeder, dessen grundbuchmäßiges Recht durch die vorzunehmende Eintragung nicht nur wirtschaftlich, sondern rechtlich beeinträchtigt wird oder zumindest rechtlich nachteilig berührt werden kann. Dies ist nur der begünstigte Wohnungseigentümer, weil die Löschung die schuldrechtliche Vereinbarung bis zum Abschluss einer Aufhebungsvereinbarung unberührt lässt. Die Löschung im Grundbuch beseitigt nur die „dingliche Wirkung“. Die Tatsache, daß im Grundbuch wegen des Gegenstands und Inhalts seines Sondereigentums weiter auf die Teilungserklärung Bezug genommen

wird, ändert hieran nichts. Denn „dingliche Wirkung“ entfaltet nur die gesonderte (positive) Eintragung des Sondernutzungsrechtes beim begünstigten Eigentümer in Verbindung mit dem hierzu korrespondierenden, bei den übrigen Eigentümern eingetragenen „Negativvermerk“, daß ein Sondernutzungsrecht begründet wurde. Von der Löschung nachteilig betroffen ist daher allein der bisher begünstigte Eigentümer, denn er kann dem Sonderrechtsnachfolger eines anderen Wohnungseigentümers seine Berechtigung nicht mehr gemäß § 10 Abs. 2 WEG entgegenhalten. Die übrigen Miteigentümer sind dagegen – anders als etwaige dinglich Berechtigte an dem von der Aufhebung des Sondernutzungsrechtes betroffenen Wohnungseigentum – rechtlich nicht beeinträchtigt. Sachenrechtlich gilt nichts anderes. Zwar führt auch die Löschung dieses Rechts wiederum zu einer Inhaltsänderung im Sinne des § 877 BGB. Im Unterschied zur Eintragung werden die anderen vom Mitgebrauch ausgeschlossenen Eigentümer durch die Löschung des Sondernutzungsrechtes jedoch nicht in ihrer sachenrechtlichen Eigentümerstellung berührt. Der Wegfall der „dinglichen Wirkung“ des Sondernutzungsrechtes führt bei ihnen noch nicht einmal zu einem Zuwachs an Nutzungsmöglichkeiten und den damit verbundenen Instandhaltungsbzw. Verkehrssicherungspflichten, solange die schuldrechtlich vereinbarte Nutzungsbeschränkung nicht einvernehmlich aufgehoben wird. Da ein Sondernutzungsrecht kein dingliches Recht ist, kann es sachenrechtlich nicht durch einseitige Erklärung aufgegeben werden; verfahrensrechtlich genügt jedoch zur Eintragung der Aufhebung die Bewilligung¹¹¹.

6. Erlöschen eines schuldrechtlichen Sondernutzungsrechtes:

Fall:

OLG Köln DNotZ, 2002, 223 = RNotZ 2001, 519

Die Wohnungseigentümer hatten die Sondernutzung von Räumen im Dachgeschoß vereinbart und bestimmten Einheiten entsprechende Räume zugewiesen. In der Folgezeit kam es zu verschiedenen Übertragungen der Sondernutzungsrechte unter den Eigentümern, denen alle zustimmten. Eintragungen im Grundbuch sind nicht erfolgt. Schließlich kommt es zu einer Veräußerung einer anderen Wohneinheit, welcher ein Sondernutzungsrecht nicht zugewiesen war. Der Erwerber fühlt sich an die Einräumung der Sondernutzungsrechte nicht gebunden, da er diese (negative Komponente) nicht übernommen habe.

Das OLG Köln¹¹², nunmehr bestätigt durch den BGH¹¹³, kam zu dem Ergebnis, dass die Sondernutzungsrechte an den Speicherräumen erloschen sind und der betreffende Erwerber mangels Eintragung gemäß § 10 Abs. 2 WEG nicht an die Vereinbarung gebunden ist. Dieses Ergebnis begründet sich wie folgt:

Bereits vor der Entscheidung des BGH vom 13. 09. 2000¹¹⁴ zur Löschung eines Sondernutzungsrechtes sowie der weite-

¹⁰⁸ LG Augsburg, MittBayNot 1990, 175 f; Streblov MittRhNotK 1987, 141, 157; Röll ZWE 2000, 343; MünchKomm-BGB/Röll, 3. Aufl., § 10 WEG Rdn. 43;

¹⁰⁹ BGH NJW 2000, 3643 = DNotZ 2001, 381 = Rpfleger 2001, 69;

¹¹⁰ Böhringer NotBZ 1999, 154, 162; Böttcher BWNotZ 1996, 80, 92; Demharter GBO, 23. Aufl., Anhang zu § 3 Rdn. 61 sowie jetzt 24. Auflage Rdn. 82; ders., FGPrax 1996, 6 ff und FGPrax 1997, 201, 202; Schneider, Rpfleger 1998, 53, 56; Meikel/Ebeling, Grundbuchrecht, 8. Aufl., § 3 WGBV Rdn. 31;

¹¹¹ BGH NJW 2000, 3643 = DNotZ 2001, 381 = Rpfleger 2001, 69; Wenzel ZNotP, 2001, 82, 85 f; Demharter GBO, 24. Aufl., Anhang zu § 3 Rdn. 82;

¹¹² OLG Köln DNotZ 2002, 223, mit Anmerkung Häublein = RNotZ 2001, 519;

¹¹³ BGH NJW 2002, 2863, 2864; so auch OLG Hamburg, ZMR 2002, 216 = NZM 2002, 27 zum Erlöschen einer schuldrechtlichen Kostenverteilungsvereinbarung;

¹¹⁴ BGH NJW 2000, 3643 = DNotZ 2001, 381 = Rpfleger 2001, 69;

ren Entscheidung des BGH vom 20. 09. 2000¹¹⁵ zur fehlenden Bestandskraft von Pseudovereinbarungen bestand in Rechtsprechung und Literatur Einvernehmen, dass eine Vereinbarung nur ein schuldrechtliches Sondernutzungsrecht begründet, das zwar als solches keiner Eintragung im Grundbuch bedarf, aber ohne Eintragung

- für und gegen den Sonderrechtsnachfolger des begünstigten Wohnungseigentümers nur durch Abtretung
- und gegen den Sonderrechtsnachfolger eines ausgeschlossenen Wohnungseigentümers nur durch entsprechende Schuldübernahme wirkt¹¹⁶.

Da es zu einer solchen Übernahme nicht gekommen ist, ist eine entsprechende Verpflichtung auch nicht übergegangen. Allein die Kenntnis vom Bestehen des Sondernutzungsrechtes ist nicht ausreichend. Insoweit hält das OLG Köln angesichts der neueren BGH Rechtsprechung auch nicht mehr an seiner bisherigen Rechtsprechung fest, wonach die stillschweigende Hinnahme des alleinigen Gebrauchs von Teilen des Gemeinschaftseigentums einen Vertrauenstatbestand auch gegenüber Sonderrechtsnachfolgern entfalten kann¹¹⁷.

Der BGH hat in seiner Entscheidung vom 13. 09. 2000¹¹⁸ zunächst offen gelassen, ob durch den Eintritt eines Sonderrechtsnachfolgers auf Seiten eines vom Mitgebrauch ausgeschlossenen Wohnungseigentümers ein Sondernutzungsrecht hinfällig wird¹¹⁹. Die entsprechende Rechtsfrage hat das OLG Köln sodann mit der Begründung bejaht, dass eine derartige auch als Kollektivvertrag zu bezeichnende Vereinbarung hinfällig werde, wenn diese wegen der fehlenden Bindung des Sonderrechtsnachfolgers an früher getroffene Abreden nicht mehr gegeben ist¹²⁰. Mit Urteil vom 17. 05. 02 hat der BGH diese Rechtsauffassung bestätigt¹²¹.

Vorstehende Vertragskonstellation ist insoweit besonders tückisch, als der Veräußerer eines von einem Sondernutzungsrecht ausgeschlossenen Wohnungseigentums bei Eintritt in die Eigentümergemeinschaft dies als gegeben hinnimmt und keine Veranlassung sieht, den Erwerber insoweit gesondert negativ zu verpflichten. Eine entsprechende zu einer Schadensersatzpflicht führende Verpflichtung, diese negative Komponente bei Weiterveräußerung zu übernehmen, könnte man aus einer Art Treuepflicht der Wohnungseigentümer¹²² entnehmen. Jedenfalls wäre empfehlenswert, wenn bereits bei der schuldrechtlichen Vereinbarung auch die Verpflichtung aufgenommen wird, Rechtsnachfolger entsprechend zu binden. Auch könnten die allgemeinen Klauseln über Eintritt in die Rechte und Pflichten in der Gemeinschaft in den notariellen Urkunden in Bezug auf etwa gewährte Sondernutzungsrechte spezifiziert werden. Ob der Notar insoweit eine Belehrungspflicht hat, er-

scheint mir fraglich¹²³, da sich diese nicht ohne weiteres auf die durch das Sondernutzungsrecht begünstigten Eigentümer, die durch die Nichtübernahme benachteiligt werden, erstreckt, zumal entsprechende ausdrückliche Übernahme solcher Verpflichtungen für den Erwerber nachteilig sind. Insgesamt zeigt aber die Entscheidung des OLG Köln, dass Sondernutzungsrechte zur Vermeidung solcher Schwierigkeiten in das Grundbuch eingetragen werden sollten.

IV Sonderfragen:

1. Förmliche Voraussetzungen zur Begründung, Anforderungen an die Bezeichnung der Sondernutzungsrechte in der Bewilligung, Grundbucheintrag:

Bei der Begründung von Sondernutzungsrechten verlangt der Bestimmtheitsgrundsatz, dass die Eintragungsbewilligung die Teilfläche bzw. den Gegenstand des Sondernutzungsrechtes genau bezeichnet, für die ein Sondernutzungsrecht begründet werden soll¹²⁴. Nicht verwechselt werden darf dies mit der schuldrechtlichen Einräumung eines Sondernutzungsrechtes, nämlich der beurkundungsrechtliche Frage der genauen Bezeichnung einer noch zu bildenden Sondernutzungsfläche, wo bereits Bestimmbarkeit genügt¹²⁵:

Im Prinzip gelten für die sachenrechtliche und grundbuchrechtliche Bestimmbarkeit die Grundsätze, die auch für die Bestellung von Grunddienstbarkeiten verlangt werden¹²⁶. Eine Beschreibung ist ohne Verweisung auf Lageplan möglich, wenn sich aus ihrem Inhalt eindeutig der Umfang des Sondernutzungsrechtes ergibt; dies sollte jedoch die Ausnahme bleiben (z. B. Sondernutzungsrecht an sämtlichen zum gemeinschaftlichen Eigentum gehörenden Gebäudeteilen des Reihenhauses oder an allen Räumlichkeiten über der betreffenden Wohnung im Dachspeicher; Sondernutzungsrecht am Freiraum unter der Treppe im Erdgeschoß¹²⁷, am durch den Lattenverschlag abgegrenzten Teil des Kellers¹²⁸, an Grundstücksteilen, die in Natur durch vorhandene Merkmale wie Zäune oder Pflöcke, Hecken, Gräben bestimmt sind¹²⁹; alle vorhandenen Kfz-Stellplätze werden, ohne dass ein Plan beigelegt ist, einem Wohnungseigentümer zugeordnet werden¹³⁰). In der Regel wird man jedoch zur Beschreibung der genauen Lage und des Umfangs eines Sondernutzungsrechtes einen Plan fertigen und auf diesen verweisen. Lässt sich anhand der Grundbucheintragung in Verbindung mit der Bewilligung und dem

¹²³ vgl. Winkler, Beurkundungsgesetz, 14. Auflage, 1999; § 17 Rdn. 11 ff; die durch § 17 BeurkG normierten Pflichten bestehen grundsätzlich nur gegenüber an der Beurkundung formell Beteiligten. Eine Belehrungspflicht könnte allenfalls daraus abgeleitet werden, dass der Verkäufer wegen der Nichtweitergabe der schuldrechtlichen Verpflichtung zu Schadensersatz verpflichtet und dies bekannt ist.

¹²⁴ BayObLG MittBayNot 1985, 203; BayObLG WE 1997, 153; OLG Hamm Pflieger 2000, 385; Müller Horst, Praktische Fragen des Wohnungseigentums, 3. Auflage 199, Rdn. 73; Bärmann, a.a.O., § 15 Rdn. 19; Demharter GBO, 24. Aufl., Anhang zu § 3 Rdn. 29;

¹²⁵ BayObLG MittBayNot 1992, 266; BGH NJW 2002, 2247 = DNotl-Report 2002, 102; bei der Entscheidung des BGH ging es vorwiegend um die beurkundungsrechtliche Frage der genauen Bezeichnung einer noch zu bildenden Sondernutzungsfläche, nicht um deren sachenrechtliche und grundbuchrechtliche Bestimmtheit. Der BGH hält bezüglich der Anforderungen an die Bezeichnung einer nicht vermessenen Teilfläche oder eines Sondernutzungsrechtes im Rahmen des schuldrechtlichen Geschäfts am Erfordernis einer maßstabsgerechten Planes nicht mehr fest (vgl. vormalig BGH NJW-RR 1999, 1030);

¹²⁶ Rapp, a.a.O., Rdn. 29 a;

¹²⁷ BayObLG MittBayNot 1985, 203;

¹²⁸ BayObLG MittBayNot 1985, 203;

¹²⁹ BayObLG MittBayNot 1985, 203;

¹³⁰ KG NJW RR 1997, 205;

¹¹⁵ NJW 2000, 3500, 3503 = Rpfleger 2001, 19 = DNotZ 2000, 854; Wenzel ZNotP 2001, 83, 87;

¹¹⁶ OLG Köln DNotZ 2002, 223; Wenzel ZWE 2000, 550, 553; Wenzel ZNotP 2001, 82, 85;

¹¹⁷ OLG Köln DNotZ 2002, 223, 224;

¹¹⁸ BGH NJW 2000, 3643 = DNotZ 2001, 381, 384 = Rpfleger 2001, 69;

¹¹⁹ vgl. Müller, ZMR 2000, 473, 474;

¹²⁰ OLG Köln DNotZ 2002, 223, 227;

¹²¹ BGH NJW 2002, 2863, 2864; so auch OLG Hamburg, ZMR 2002, 216 = NZM 2002, 27 zum Erlöschen einer schuldrechtlichen Kostenverteilungsvereinbarung;

¹²² vgl. zur Treuepflicht: Junker „Die Gesellschaft nach dem Wohnungseigentum“, Seiten 126, 128, 172 f, 214; BGH NJW 1995, 2791, 2793; OLG Hamm Pflieger 2000, 385, 386; OLG Hamburg ZMR 2002, 456;

gefertigten Plan nicht zuverlässig feststellen, zu welchem von mehreren Sondernutzungsbereichen eine bestimmte Grundstücksfläche gehören soll, so ist daran kein Sondernutzungsrecht entstanden¹³¹. Sind in der Abgeschlossenheitsbescheinigung in Verbindung mit dem beigefügten Aufteilungsplan Kellerräume oder sonstige Räume als Sondereigentum ausgewiesen, so kann an diesen Räumen auch ein Sondernutzungsrecht begründet werden. Einer neuen Abgeschlossenheitsbescheinigung bezüglich des nunmehr veränderten Sondereigentums bedarf es nicht; der Grundsatz, dass bei Erstaufteilung der Aufteilungsplan mit der Teilungserklärung übereinstimmen muss¹³², verbietet nicht, die Teilung nur eingeschränkt vorzunehmen und Sondereigentum an bestimmten Räumen nicht zu bilden¹³³. Für die Begründung von Sondernutzungsrechten kann ein gesonderter Plan, unabhängig von den zur Abgeschlossenheitsbescheinigung gehörenden Planzeichnungen gefertigt werden. Die Sondernutzungsrechte können aber auch in den zur Abgeschlossenheitsbescheinigung gehörenden Plänen bereits verzeichnet sein. In diesen Fällen bezieht sich die behördliche Bestätigung gemäß § 7 Abs. 4 Nr. 1 WEG sowie die Abgeschlossenheitsbescheinigung gemäß § 7 Abs. 4 Nr. 2 und § 3 Abs. 2 WEG nicht auf die Sondernutzungsrechte. Ein Aufteilungsplan, in dem beispielsweise ein Gartensondernutzungsbereich mit derselben Nummer gekennzeichnet ist wie die Wohnung, zu der er als Sondernutzungsrecht gehören soll, kann deshalb nicht mit der Begründung beanstandet werden, die Abgeschlossenheit eines nicht sondereigentumsfähigen Gegenstandes (Grundstücksfläche) sei behördlich bestätigt worden¹³⁴. Sondernutzungsflächen müssen nicht die gleiche Nummer tragen wie die Wohnung¹³⁵. Dies ist schon deshalb unzumutbar, da sie oftmals erst viel später im Wege des Vorbehalts begründet werden¹³⁶.

Eingetragen im Grundbuch wird ein Sondernutzungsrecht als abweichende Vereinbarung (Bestimmung der Teilungserklärung) über das Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander mit dem Gegenstand und Inhalt des Sondereigentums im Bestandsverzeichnis aller für die Wohnungseigentumsgemeinschaft angelegten Grundbuchblätter (§ 7 Abs. 1 WEG). Genügen würde die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung (§ 7 Abs. 3 WEG, § 3 Abs. 2 WGV)¹³⁷.

Wesentliche Sondernutzungsrechte sollten jedoch zur Sicherheit des Rechtsverkehrs im Eintragungsvermerk ähnlich dem nachstehenden Beispiel selbst erkennbar gemacht werden und zwar auch an den ausgeschlossenen Grundbüchern¹³⁸:

„Miteigentumsanteil am Grundstück FlstNr ... verbunden mit dem Sondereigentum an der Wohnung Aufteilungsplan Nr 1

¹³¹ BayObLG WE 1997, 153; OLG Hamm Rpfleger 2000, 385; vgl. auch BayObLG DNotZ 2000, 205 und BGH DNotZ 1992, 224, wonach bei Widerspruch zwischen Aufteilungsplan und Teilungserklärung Sondereigentum nicht entsteht;

¹³² vgl. hierzu die grundlegende Entscheidung BayObLG Rpfleger 1991, 414, wonach Wohnungseigentum nicht im Grundbuch eingetragen werden kann, wenn die Kellerräume nicht mit der gleichen Nummer der Wohnung versehen sind;

¹³³ DNotI-Report 2002, 68; vgl. auch OLG Bremen, DNotI-Report, 2002, 70, kein neuer Aufteilungsplan bei Umwandlung von Teileigentum in Wohnungseigentum;

¹³⁴ Rapp, a.a.O., Rdn. 29 a;

¹³⁵ LG Düsseldorf Rpfleger 1977, 30; Röhl a.a.O. Rdn. 896 und 905;

¹³⁶ Röhl a.a.O. Rdn. 896;

¹³⁷ OLG Hamm DNotZ 1985, 552 = Rpfleger 1985, 109; KG NJW-RR 1997, 205; OLG Köln Rpfleger 1985, 110; LG Köln Rpfleger 1990, 205 und 1992, 479; Haegele, a.a.O., Rdn. 2915; Ertl Rpfleger 1979, 81 ff; Kreuzer, Festschrift für Merle, 2000, S.203, 216 ff;

¹³⁸ Haegele, a.a.O., Rdn. 2915; Ertl Rpfleger 1979, 81 ff; Kreuzer, Festschrift für Merle, 2000, S.203, 216 ff;

mit Sondernutzungsrecht am Kfz-Stellplatz Nr 1 gemäß Bewilligung vom ...“

bzw. an den ausgeschlossenen Grundbüchern:

„Miteigentumsanteil....., ohne Sondernutzungsrechte gemäß Bewilligung vom“.

Vorstehenden Doppelvermerk schlagen u. a. Ertl¹³⁹, Haegele-Schöner-Stöber¹⁴⁰ und Röhl¹⁴¹ vor, da dies für einen später Dazukommenden, der nur das Grundbuch einsieht, wünschenswert ist. Die Praxis folgt dem nicht immer. In der Regel wird – einheitlich in allen Wohnungsgrundbüchern und zwar in Spalte 3 des Bestandsverzeichnisses – eingetragen:

„Sondernutzungsrechte wurden begründet¹⁴².“

2. Bebauung in mehreren Abschnitten – Ermächtigung zu einseitigen Änderungen von Sondereigentum und Gemeinschaftseigentum¹⁴³

Oftmals werden Eigentumswohnanlagen aus wirtschaftlichen Gründen in mehreren Abschnitten errichtet. Der Bauträger will, um eine hohe Vorfinanzierung und das Risiko lange leer stehender Wohnungen zu vermeiden, den 2. Bauabschnitt erst angehen, wenn die erste Anlage fertiggestellt ist.

Ein anderes Beispiel für die Errichtung in mehreren Abschnitten sind bei der Teilung vorgesehene Optionen für spätere Aufbauten auf Gebäuden und die damit verbundene Begründung von weiterem Sondereigentum.

Soll das weitere Wohngebäude auf einer zweiten Grundstücksfläche errichtet werden, so kommt für den Bauträger die Lösung über eine Realteilung der Grundstücke aus wirtschaftlichen Gründen überwiegend nicht in Betracht, da real geteilte Grundstücke nur in geringerem Umfang bebaubar sind.

Zwei Gestaltungsformen sind nunmehr in der Praxis üblich: Die „große Aufteilung“ und die „kleine Aufteilung mit dem überdimensionalen Miteigentumsanteil“¹⁴⁴. Bei der „großen Aufteilung“ wird von Anfang an die Teilung für die gesamte Anlage erstellt. Dieser Weg ist unproblematisch, wenn später so gebaut wird, wie ursprünglich geplant ist. Ansonsten ergeben sich die üblichen Probleme von späteren Änderungen der Teilungserklärung.

¹³⁹ Ertl Rpfleger 1979, 81 ff;

¹⁴⁰ Haegele, a.a.O., Rdn. 2915;

¹⁴¹ Münchener Kommentar, 3. Auflage 1997, Band 6, WEG, Röhl, § 7 WEG Rdn. 2;

¹⁴² Kreuzer, Festschrift für Merle, 2000, S.203, 217 mit weiteren Nachweisen.

¹⁴³ vgl. hierzu Röhl, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, 8. Auflage 2001, Rdn. 890 ff; Rapp, a.a.O., Rdn. 36 ff; Haegele, a.a.O., Rdn. 2967 a; Röhl MittBayNot 1993, 5; Röhl ZWE 2000, 446; Schmidt MittBayNot 1996, 30; Häublein DNotZ 2000, 442; BayObLG DNotZ 1996, 297; BayObLG DNotZ 1998, 379; BayObLG DNotZ 2000, 466 ; BayObLG DNotI-Report 2000, 178 = Rpfleger 2002, 544; BayObLG DNotZ 2002, 149 = Rpfleger 2002, 140; KG DNotI-Report 1998, 162; F. Schmidt, in: Münchener Vertragshandbuch, Bd. 4, 2. Hlbbd., 4. Aufl. 1998, Muster IX. 3, Anm. 3, S. 302;

¹⁴⁴ Ein weiterer Weg der „kleinen Aufteilung ohne überdimensionierten Miteigentumsanteil“, bei dem Miteigentumsanteile nur entsprechend den zunächst gebauten Einheiten gebildet werden, ist in der Praxis nicht ratsam. Die spätere Abspaltung von Miteigentumsanteilen, die durch Vormerkung gesichert werden kann, hindert bzw. erschwert die Finanzierung der Erstkäufer und Bedarf der Zustimmung der Drittberechtigten; Rapp, a.a.O., Rdn. 37; zwar werden auch bei der Lösung über den überdimensionierten Miteigentumsanteil Vormerkungen bei den Ersteigentümern eingetragen, jedoch werden bei diesem Weg, was von den Gläubigern weniger skeptisch beurteilt wird, keine Miteigentumsanteile abgeschrieben;

Bei der Aufteilung mit dem überdimensionalen Miteigentumsanteil erfolgt die Aufteilung entsprechend den zunächst geplanten Wohnungen, wobei mit einer Wohnung (die vermutlich am schwierigsten zu verkaufen sein wird) oder einem Tiefgaragenabstellplatz ein überdimensional großer Miteigentumsanteil verbunden wird. Gleichzeitig wird dieser Einheit das Sondernutzungsrecht an noch zu bebauenden Gebäudeteilen oder Grundstücksflächen eingeräumt. Bei der Bildung des überdimensionalen Anteils ist abzuschätzen, wie viele Anteile für die künftige Bebauung benötigt werden. Anlässlich der späteren Bebauung werden von diesem Miteigentumsanteil wiederum Miteigentumsanteile abgespalten und mit neuem Sondereigentum verbunden.

Einigung aller Wohnungseigentümer in der Form der Auflassung

Die Begründung neuen Sondereigentums im 2. Bauabschnitt und dessen Verbindung mit dem Miteigentumsanteil bedarf nach § 3 Abs. 1 und § 4 WEG eines Vertrages mit der darin enthaltenen Einigung aller Wohnungseigentümer und deren Eintragung ins Grundbuch. Weiteres Sondereigentum kann nämlich bei bereits bestehendem Sondereigentum nur durch Einigung der betroffenen Eigentümer und entsprechender Auflassung entstehen¹⁴⁵. Eine in der Gemeinschaftsordnung vorweggenommene Ermächtigung zur Schaffung neuen Wohnungseigentums durch Umwandlung von Gemeinschaftseigentum in Sondereigentum kann deshalb auch nicht in einer die Sondernachfolger bindenden Weise als Inhalt des Sondereigentums vereinbart werden. Eine derartige Regelung ist deshalb nicht eintragungsfähig. Eintragungsfähig sind nur Regelungen, welche die Gemeinschaftsordnung betreffen.

Der Bauträger kann sich somit nicht durch eine vorweggenommene Zustimmung in der Gemeinschaftsordnung (Einwilligung aller Eigentümer zur Begründung von Sondereigentum nach § 185 Abs. 1 BGB) absichern. Auch die Tatsache, dass ihm entsprechende Sondernutzungsrechte eingeräumt sind, ändert hieran nichts¹⁴⁶.

Es sind daher unwiderrufliche Vollmachten in die Kaufverträge aufzunehmen und die Rechtsnachfolger zur Weitergabe dieser Vollmachten zu verpflichten. Eine Regelung, wonach die Verwalterzustimmung versagt werden soll, falls derartige Vollmachten nicht weitergegeben werden, könnte problematisch sein, wenn man bedenkt, dass die Verwalterzustimmung nur aus wichtigem Grund versagt werden und fraglich sein kann, ob vorliegend von einem wichtigen Grund auszugehen ist¹⁴⁷.

Um der Gefahr vorzubeugen, dass die Vollmachten nicht weitergegeben werden, kann sich der Bauträger Vormerkungen bei allen Wohnungen des 1. Bauabschnittes zur Sicherung seines Anspruchs auf Begründung von Sondereigentumsrechten im 2. Bauabschnitt an allen bisherigen

Einheiten eintragen lassen¹⁴⁸. Diese sollten Rang vor den Grundpfandrechten der Erstkäufer haben. Das BayObLG¹⁴⁹ hielt folgende Formulierung für vormerkungsfähig: Die ... ist berechtigt, „nach Maßgabe der künftigen baurechtlichen Genehmigung einen Baukörper zu bilden, von ihrer Eigentumswohnung Nr.1 einen 1/3-Miteigentumsanteil an dem Grundstück ... zu trennen und mit Sondereigentum an neu zu bildenden Räumen zu verbinden, so daß künftig drei Wohnungseigentumseinheiten auf dem Grundstück ... vorhanden sind“.

Zustimmung der dinglich Berechtigten:

Entgegen gewichtiger Stimmen in der Literatur¹⁵⁰ verlangt das BayObLG¹⁵¹ zur Aufhebung des Teileigentums, welches mit dem überdimensionierten Miteigentumsanteil verbunden ist, und der Begründung neuer Wohnungseigentumsrechte die Bewilligung der dinglich Berechtigten an allen Einheiten. Zur Begründung wird ausgeführt, der Miteigentumsanteil umfasse das gesamte gemeinschaftliche Eigentum, welches bei Bildung von neuem Sondereigentum in dem weiteren Bauabschnitt geschmälert werde. Die Belastungen an den umgewandelten Teilen würden erlöschen. Eine Beeinträchtigung der Rechte der dinglich Berechtigten sei damit nicht auszuschließen. Auch die eingeräumten Sondernutzungsrechte führten nicht dazu, daß die Zustimmung der dinglich Berechtigten nicht erforderlich sei. Das Sondernutzungsrecht sei kein dingliches Recht, sondern nur ein schuldrechtliches Gebrauchsrecht¹⁵².

Nicht erforderlich ist hingegen die Bewilligung Dritter, denen an dem ganzen Grundstück und damit an allen Wohnungs- und Teileigentumsrechten dingliche Rechte in Form einer Gesamtberechtigung zustehen, da ihr Pfandobjekt erhalten bleibt¹⁵³.

Zuzustimmen ist m. E. jedoch der Auffassung der Literatur, wonach eine Gläubigerzustimmung nicht mehr erforderlich ist, wenn der vorbezeichnete Weg der Errichtung des zweiten Bauabschnittes bereits in der Teilungserklärung vorgegeben und dem zum Bau berechtigten Eigentümer als Sondernutzungsrecht zugewiesen ist¹⁵⁴. Nachdem der BGH mit seiner Entscheidung vom 20.09.2000¹⁵⁵ der verdinglichten Wirkung von Sondernutzungsrechten als nicht durch Mehrheitbeschluss abändernden Inhalt des Sondereigentums weitere Bedeutung beigemessen hat, kommt dieser Auffassung weiteres Gewicht zu.

3. Vorbehalt der Zuteilung von Sondernutzungsrechten in der Teilungserklärung

Der Weg, dass sich der teilende Eigentümer bei Teilung vorbehält, später Sondernutzungsrechte, insbesondere Stell-

¹⁴⁵ BGH NJW 1998, 3711, 3712; BayObLG DNotZ 1994, 235; BayObLG 1996, 297, 299; BayObLG 1998, 379; BayObLG; BayObLG DNotZ 2000, 466; BayObLG DNotI-Report 2000, 178 = Rpfleger 2002, 544; BayObLG DNotZ 2002, 149 = Rpfleger 2002, 140;

¹⁴⁶ BayObLG 1996, 297, 299; BayObLG 1998, 379; BayObLG; BayObLG DNotZ 2000, 466; BayObLG DNotI-Report 2000, 178 = Rpfleger 2002, 544; BayObLG DNotZ 2002, 149 = Rpfleger 2002, 140; so wohl nunmehr auch Röll, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, 8. Auflage 2001, Rdn. 892; a.A. Rapp, a.a.O., Rdn. 39 ff sowie MittBayNot. 1998, 77, 79, wonach entsprechende Ermächtigung des teilenden Eigentümers als Inhalt des Sondereigentums verdinglicht werden könne;

¹⁴⁷ Röll, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, 8. Auflage 2001, Rdn. 892;

¹⁴⁸ Röll, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, 8. Auflage 2001, Rdn. 892; Häublein DNotZ 2000, 442, 454;

¹⁴⁹ BayObLG DNotZ 1992, 426; DNotZ 1998, 379, 384; Häublein DNotZ 2000, 442, 454;

¹⁵⁰ Haegele, a.a.O., Rdn. 2967 a; Rapp, a.a.O., Rdn. 36 ff; Schmidt, MittBayNot 1996, 31; Häublein DNotZ 2000, 442, 456, dieser jedoch nur für den Fall, dass eine Vormerkung zur Einräumung des Sondereigentums im Rang vor den dinglichen Berechtigten bereits verkaufter Einheiten eingetragen ist, a.A.: Demharter, Grundbuchordnung 24. Auflage, Anhang zu § 3 Rdn. 91;

¹⁵¹ BayObLG DNotZ 1996, 297; 301; BayObLG DNotZ 2002, 149, 152 = Rpfleger 2002, 140;

¹⁵² BayObLG DNotZ 1996, 297; 301; BayObLG DNotZ 2002, 149, 152 = Rpfleger 2002, 140;

¹⁵³ BayObLG DNotZ 1996, 297, 301;

¹⁵⁴ Haegele, a.a.O., Rdn. 2967 a; Rapp, a.a.O., Rdn. 36 ff; Schmidt, MittBayNot 1996, 31; Häublein DNotZ 2000, 442, 456 mit der Einschränkung der Eintragung einer Vormerkung.

¹⁵⁵ BGH NJW 2000, 3500 = DNotZ 2000, 854 = Rpfleger 2001, 19;

plätze, zuzuweisen, ist mittlerweile gängige Praxis. Auf diese Weise werden nachträgliche Änderungen im Grundbuch vermieden, die immer dann erforderlich sind, wenn entsprechende Stellplätze bei Teilung den jeweiligen Wohnungen sogleich zugeordnet werden, später die Käufer aber eine andere Zuteilung wünschen. Entsprechender Vorbehalt ist regelmäßig auch zur Vermeidung von unnötigen Grundbucheintragungen der Konstruktion vorzuziehen, bei der die Stellplätze zunächst nur einer Wohnung zugeordnet und bei Abverkauf von dieser Wohnung abgeschrieben und dem betreffenden Kaufobjekt zugeschrieben werden.

Für die vorbehaltene Zuordnung von Sondernutzungsrechten wurde in der Praxis zunächst folgender Weg beschritten:

Wohnungseigentümer oder Erwerber, mit Ausnahme des teilenden Bauträgers, wurden in der Teilungserklärung von der Benutzung bestimmter Bereiche des gemeinschaftlichen Eigentums gänzlich ab sofort ausgeschlossen (negative Komponente). Diese Regelung wurde als Inhalt des Sondereigentums eingetragen. Ein solcher negativer Ausschluss ohne gleichzeitige positive Zuweisung einer Gebrauchsbefugnis ist ohne weiteres zulässig. Er führt dazu, dass die Mitwirkung von weiteren Erwerbern (auch Vormerkungsberechtigten) und deren Gläubigern anlässlich der späteren positiven Zuweisung nicht mehr erforderlich ist¹⁵⁶. Notwendig ist allerdings die Bewilligung der dinglich Berechtigten an den dem teilenden Eigentümer verbliebenen Einheiten, da dieser das Sondernutzungsrecht verliert¹⁵⁷. Später erfolgt sodann die Erklärung (positive Komponente), wem das Sondernutzungsrecht zustehen soll. Dieser Erklärung kommt eine eigenständige rechtliche Bedeutung zu; sie ist nicht nur eine bloße Bedingung des negativen Ausschlusses, sondern eine eigene für das Sondernutzungsrecht inhaltsbestimmende Erklärung. Erst mit der positiven Zuweisung entsteht das Sondernutzungsrecht in seiner vollen Gestalt¹⁵⁸.

Der negative Ausschluss vom Gebrauch innerhalb einer Wohnungseigentümergeinschaft umfasst denknötwendig, dass zumindest einem Eigentümer der Gebrauch verbleiben muss¹⁵⁹. Aus ähnlichen Erwägungen ist in Rechtsprechung und Literatur anerkannt, dass ein Sondernutzungsrecht nur an Miteigentümer übertragen werden kann, nicht aber an einen Dritten¹⁶⁰.

Geht man von dieser Auffassung aus, dass zumindest einem Eigentümer der Gebrauch verbleiben muss, so hat dies Konsequenzen für den Fall, dass der Zuweisungsberechtigte nicht mehr Eigentümer ist und das Zuweisungsrecht noch nicht ausgeübt hat. Das Zuweisungsrecht fällt in diesem Falle nämlich an die Wohnungseigentümergeinschaft zurück. Verneint man nämlich einen vollständigen Nutzungsausschluss aller Wohnungseigentümer, so kann der aus der Gemeinschaft ausscheidende Eigentümer (Bauträger) die Restnutzungsbefugnis nicht mitnehmen¹⁶¹.

Um die Schwierigkeiten zu vermeiden, die durch einen Ausschluss aller Miteigentümer angesichts der Begründung der negativen Komponente auftreten und zum Verlust des Zuweisungsrechts des teilenden Eigentümers (Bauträgers)

anlässlich der letzten Veräußerung einer Einheit und Eigentumsaufgabe führen können, hat sich in der Praxis folgender vom BayObLG¹⁶² herausgearbeiteter Weg herauskristallisiert:

Die Eigentümer bzw. weiteren Eigentümer werden unter der aufschiebenden Bedingung der Zuweisung eines Sondernutzungsrechts an einen bestimmten Wohnungseigentümer vom Mitgebrauch, also erst ab dem Zeitpunkt der Zuweisung, vom Gebrauch ausgeschlossen. Die Regelung in der Teilungserklärung im Hinblick auf die negative Komponente stellt sich sodann als eine aufschiebende Bedingung i.S.d. § 158 BGB dar¹⁶³.

Formulierung nach Haegele¹⁶⁴:

Auf dem Grundstück befinden sich PKW-Abstellplätze, die in dem dieser Urkunde als Anlage beigefügten Sondernutzungsflächenplan mit Nrn. 1–15 gekennzeichnet sind. ...

Der aufteilende Eigentümer ist berechtigt, durch notariell beurkundete oder beglaubigte Erklärung solche Kfz-Stellplätze jeweils Wohnungs-/Teileigentumseinheiten zur alleinigen, unentgeltlichen und ausschließlichen Nutzung zuzuordnen und die Eintragung der Zuordnung im Grundbuch zu bewirken.

Der aufteilende Eigentümer kann die vorstehende Zuweisungsbefugnis ganz oder teilweise in notariell beurkundeter Erklärung übertragen.

Unter der aufschiebenden Bedingung, daß der zur jeweiligen Sondernutzung eines Stellplatzes allein berechnete Sondereigentümer in vorstehender Form bestimmt wird, sind die jeweils anderen Sondereigentümer von der Nutzung der Stellplätze ausgeschlossen und haben die unentgeltliche Sondernutzung zu dulden.

Formulierung nach Kreuzer¹⁶⁵:

„Die ...-GmbH [Bauträger] hat das Recht, durch – einseitige und nicht der Zustimmung der übrigen Wohnungseigentümer oder sonstiger Dritter bedürftiger – Zuweisung in notarieller Urkunde oder mit beglaubigter Unterschrift Sondernutzungsrechte an den Kfz-Stellplätzen im Innenhof – zur Lage: siehe Plan in Anlage ... – zu begründen. Aufschiebend bedingt auf diese Zuweisung sind die übrigen Wohnungseigentümer von der Nutzung der betroffenen Fläche ausgeschlossen.

Danach haben bis zu dieser positiven Zuweisung alle Wohnungseigentümer ein Mitgebrauchsrecht, das aber mit der Zuweisung endet. Auch wenn diese positive Zuweisung des Gebrauchs erst nach Eintragung der Gemeinschaftsordnung erfolgt, ist für die positive Einräumung des Sondernutzungsrechts an einen bestimmten Eigentümer die Bewilligung der übrigen Eigentümer und deren dinglich Berechtigter gemäß § 19 GBO und § 877 BGB nicht nötig, da der Ausschluß des Mitgebrauchs (negatives Element) bereits von Anfang an – wenn auch aufschiebend bedingt (vgl. § 161 BGB) – Inhalt der übrigen Sondereigentumseinheiten war und damit zeitlich auch vor deren Belastung mit dinglichen Rechten liegt¹⁶⁶.

¹⁵⁶ BayObLG DNotZ 1986, 87; Haegele, a.a.O., Rdn. 2913 a; Schneider Pflieger 1998, 53, 61;

¹⁵⁷ BGH DNotZ 1984, 695;

¹⁵⁸ BayObLG DNotZ 1986, 479, 481;

¹⁵⁹ BayObLG DNotZ 1986, 87; 90; BayObLG DNotZ 1986, 479; Haegele, a.a.O., Rdn. 2913 a; Schneider Pflieger 1998, 53, 61;

¹⁶⁰ BayObLG DNotZ 1986, 87; 90;

¹⁶¹ Schneider Pflieger 1998, 53, 61; Rapp, a.a.O., Rdn. 60; Ludwig BWNtZ 1987, 164, 167; Streblow MittRhNotK 1987, 141, 157;

¹⁶² BayObLG DNotZ 1986, 479; OLG Hamm MittRhNotK 1998, 318; OLG Frankfurt DNotZ 1998, 392 = Rpfleger 1998, 20; OLG Düsseldorf DNotZ 1988, 35 = NJW-RR 1987; 1491 = Rpfleger 1988, 63

¹⁶³ BayObLG DNotZ 1986, 479; vgl. auch BayObLG DNotZ 1988, 30; OLG Hamm MittRhNotK 1998, 318; OLG Frankfurt DNotZ 1998, 392 = Rpfleger 1998, 20; OLG Düsseldorf DNotZ 1988, 35 = NJW-RR 1987; 1491 = Rpfleger 1988, 63; OLG Düsseldorf MittRhNotK 1993, 30; OLG Hamm DNotZ 2000, 210;

¹⁶⁴ Haegele, a.a.O., Rdn. 2839;

¹⁶⁵ Kreuzer, Festschrift für Merle, 2000, S.203, 212;

¹⁶⁶ BayObLG DNotZ 1986, 479; Haegele, a.a.O., Rdn. 2913 b;

Ist in der Teilungserklärung lediglich formuliert, dass bezüglich der Stellplätze noch eine Sondernutzungsregelung getroffen werde, so liegt darin noch kein bedingter Ausschluss vom Mitgebrauch und keine Ermächtigung des aufteilenden Eigentümers zur späteren positiven Zuweisung¹⁶⁷.

Die dargestellte Vereinbarung über die Einräumung von Sondernutzungsrechten, die sodann mit der Zuweisung entstehen, ist grundsätzlich in allen Wohnungsgrundbüchern einzutragen. Dies wird durch entsprechende Bezugnahme auf die Teilungserklärung vermerkt. Kommt es sodann zur Zuweisung, so ist das Sondernutzungsrecht nur bei dem Begünstigten einzutragen. In den anderen Wohnungsgrundbüchern ergibt sich keine Veränderung, da diese bereits von der Benutzung ausgeschlossen sind und sich bei ihnen nichts mehr verändert¹⁶⁸.

Der Weg, die weiteren Eigentümer unter der aufschiebenden Bedingung der Zuweisung eines Sondernutzungsrechts erst ab dem Zeitpunkt der Zuweisung vom Gebrauch auszuschließen, hat Bedeutung für die Frage, wer die Zuweisungserklärung abgeben kann. Dies kann nach einer solchen Regelung ein Dritter (z.B. der Verwalter) oder auch der zwischenzeitlich aus der Eigentümergemeinschaft ausgeschiedene Bauträger sein, da bis zum Zeitpunkt der

¹⁶⁷ BayOblG MittBayNot 1997, 36 = Rpfleger 1997, 63;

¹⁶⁸ BayOblG DNotZ 1986, 479, 485; Haegele, a.a.O., Rdn. 2967 a;

Zuweisung noch ein Mitgebrauch von Eigentümern besteht¹⁶⁹. Zu diesem Ergebnis wird man oftmals auch bei ungenauer Formulierung des aufschiebend bedingten Ausschlusses der Zuweisung von der Nutzung im Wege der Auslegung kommen können, so dass insbesondere die Zuweisungsbefugnis eines mittlerweile aus der Eigentümergemeinschaft ausgeschlossenen Bauträgers noch bestehen bleibt¹⁷⁰.

Rechtsgrundlagen:

Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht (WEG).

Allgemeine Verwaltungsvorschrift für das Ausstellen von Bescheinigungen gem. § 7 Abs. 4 Nr. 3 und 32 Abs. 2 Nr. 2 WEG vom 19. 03. 1974.

Verordnung über die Anlegung und Führung der Wohnungs- und Teileigentumsgrundbücher (Wohnungsgrundbuchverfügung – WGV) i. d. Fassung vom 24. 01. 1995.

¹⁶⁹ Schneider Rpfleger 1998, 53, 62; Kreuzer, Festschrift für Merle, 2000, S.203, 211; vgl. hierzu auch Gutachten DNotI-Report 1996, 37;

¹⁷⁰ vgl. Landgericht Köln RNotZ 2001, 393, welches im Ergebnis die Zuweisungsbefugnis des ausgeschiedenen Bauträgers bejaht;

Rechtsprechung

Richtlinie 69/EWG des Rates vom 17. 7. 1969 i.d.F. der Richtlinie 85/303 EWG des Rates vom 10. 6. 1985 (Gesellschaftssteuerrichtlinie)

Die Kosten der Beurkundung des Gesellschaftsvertrages einer neugegründeten Gesellschaft mit beschränkter Haftung, die mit einem Stammkapital von € 285.000,00 ausgestattet wurde, fallen unter das Verbot der Gesellschaftssteuerrichtlinie.

AG Müllheim/Baden, Besch. vom 8. 2. 2003 – UR II 42/99

Aus den Gründen:

I.

Die Antragstellerin ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, deren Gesellschaftsvertrag am 27. Oktober 1999 im Notariat 1 in Müllheim beurkundet wurde.

Da sich ihr Stammkapital auf 285.000 € beläuft, hat die Kostenbeamtin aus einem Wert von 557.411,55 DM die Gebühren nach der KostO mit 1.900,- DM zuzüglich 60 DM Schreibauslagen und 313,60 DM Mehrwertsteuer, zusammen also 2.273,60 DM, berechnet.

Die Gesellschaft hat mit Schreiben vom 15. 11. 1999 gegen den Kostenansatz Erinnerung eingelegt. Sie beruft sich dabei auf das Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) vom 29. 9. 1999 – Rs. C – 56/98 (Supremo Tribunal Administrativo, Portugal), (Fall Modelo).

In ihrer ausführlich begründeten Erinnerung wendet sie ein, dass die vom Notariat erhobenen Notariatsgebühren in Wirklichkeit eine Steuer darstellen, der geforderte Betrag im Verhältnis zu der erbrachten Dienstleistung unverhältnismäßig sei und die Gebührenerhebung gegen die Richtlinie des Rates vom 17. 7. 1969 betreffend die indirekten Steuern auf die Ansammlung von Kapital (Gesellschaftssteuerrichtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaft vom 17. 7. 1969 – 69/335/EWG – in der Fassung der Richtlinie vom 10. 6. 1985 – 85/303/EWG) verstoße.

Nach dem o. a. Urteil des EuGH begründet Art. 10 i. V. mit Art. 12 Abs. 1 e der Richtlinie für die einzelnen Gesellschaften in den Mitgliedstaaten Rechte, auf die sie sich vor den nationalen Gerichten berufen können. Von diesem Recht macht die Beschwerdeführerin Gebrauch. Sie hat den Antrag gestellt, nur eine aufwandsbezogene Gebühr von höchstens 450,- DM zu erheben.

Der Bezirksrevisor, der für die Staatskasse Stellung genommen hat, beantragt, die Erinnerung als unbegründet zurückzuweisen. Er hält diese für unbegründet, da nach seiner Ansicht die erhobenen Kosten für die Beurkundung des Gesellschaftsvertrages keine Steuer i. S. d. Gesellschaftssteuerrichtlinie darstellen. Er hat u. a. ausgeführt, dass angesichts der umfangreichen Verpflichtungen eines Notars dessen Tätigkeit keine bloße Formalität i. S. von Art. 10 c der Richtlinie 69/335 darstelle, so dass die erhobenen Gebühren nicht als Steuer im Sinne dieser Bestimmung betrachtet werden könnten.

Der Bezirksrevisor hat im übrigen die Ansicht vertreten, dass die Grundsätze, die der EuGH in seiner Entscheidung zum Fall Modelo aufgestellt hat, auf den vorliegenden Fall keine Anwendung finden könnten, da sich die nationale Regelung, um die es in jener Rechtssache gegangen sei, erheblich von der in Deutschland geltenden unterscheidet. Auch lägen die nach der Kostenordnung erhobenen Gebühren deutlich unter den Gebühren, um die es in der Sache Modelo ging, seien auch im übrigen nach oben begrenzt.

Schließlich stünden die Gebühren im Zusammenhang mit den Kosten der erbrachten Leistungen und verstießen daher nicht gegen die Richtlinie 69/335.

II.

Mit Beschluss vom 20. 6. 2000 hat das Amtsgericht Müllheim das Verfahren der Erinnerung gegen den Kostenansatz des Notariats Müllheim ausgesetzt und den Rechtsstreit dem EuGH zur Beantwortung folgender Rechtsfrage vorgelegt:

Sind die Gebühren für Beurkundungen und Beglaubigungen der Notare im Landesdienst des Landes Baden-Württemberg im Oberlandesgerichtsbezirk Karlsruhe bei Vorgängen, auf die sich Artikel 4 Absatz 3 der Richtlinie 69/335/EWG bezieht, von dem Verbot des Artikel 10 dieser Richtlinie derart erfasst, dass die Gebühren nur nach den konkreten Aufwendungen der Notare für die jeweilige Dienstleistung erhoben werden dürfen?

Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften hat durch gem. Art. 104 § 3 der Verfahrensordnung im Beschlusswege entschieden, weil er der Meinung war, dass die vom Amtsgericht Müllheim gestellten Rechtsfragen gemäß der Rechtsprechung des Hohen Gerichts der Europäischen Gemeinschaften durch die Urteile vom 29. September 1999 in der Rechtssache C-56/98, Modelo, und vom 21. Juni 2001 in der Rechtssache C-206/99, Sonae, bereits im Grundsatz entschieden sind und dass diese Rechtsprechung auf den vorgelegten Fall offensichtlich Anwendung findet.

Dem gemäß hat der EuGH mit Beschluss vom 21. März 2002 die Vorlagefrage wie folgt beantwortet:

Die Richtlinie 69/335/EWG des Rates vom 17. Juli 1969 betreffend die indirekten Steuern auf die Ansammlung von Kapital in der Fassung der Richtlinie 85/303/EWG des Rates vom 10. Juni 1985 ist so auszulegen, dass die Gebühren für die notarielle Beurkundung eines unter diese Richtlinie fallenden Rechtsgeschäfts in einem Rechtssystem, in dem die Notare Beamte sind und ein Teil der Gebühren dem Staat zufließt, der der Dienstherr der Notare ist und der diese Einnahmen für die Finanzierung seiner Aufgaben verwendet, als Steuer im Sinne der Richtlinie 69/335 anzusehen sind.

Die Gebühren für die notarielle Beurkundung eines Vertrages über die Gründung einer Kapitalgesellschaft sind nach Artikel 10 Buchstabe c der Richtlinie 69/335 in der geänderten Fassung grundsätzlich verboten, wenn sie eine Abgabe im Sinne dieser Richtlinie darstellen.

Der Umstand allein, dass die für die notarielle Beurkundung eines Vertrages über die Gründung einer Kapitalgesellschaft erhobenen Gebühren, die proportional zu dem gekennzeichneten Nennkapital steigen, eine Obergrenze nicht übersteigen dürfen, kann diese Gebühren nicht zu Abgaben mit Gebührencharakter im Sinne der Richtlinie 69/335 machen, wenn diese Obergrenze nicht im angemessenen Verhältnis zu den Kosten der Leistung steht, die mit diesen Gebühren abgegolten wird.

III.

In einer Stellungnahme zum Beschluss des EuGH vom 5. 7. 2002 hat der Bezirksrevisor nunmehr die Ansicht vertreten, der EuGH habe in Beantwortung der Vorlagenfrage nicht entschieden, dass vorliegend die Kosten der Beurkundung des Gesellschaftsvertrages betreffend die Gründung der GmbH unter das Verbot der Gesellschaftssteuerrichtlinie fallen und somit eine Abgabe im Sinne dieser Richtlinie darstellt. Er vertritt die Ansicht, dass es sich bei den Kosten der Gründung der GmbH nicht um eine verbotene Abgabe im Sinne der Gesellschaftssteuerrichtlinie handle. Kostenschuldner bei der Beurkundung des Gesellschaftsvertrages seien primär die Gründer und nicht die zu gründende Gesellschaft. Die Beurkundungskosten fielen daher nicht unter die Gesellschaftssteuerrichtlinie. Hilfsweise hat er vorgetragen, die Gebühren, sowie die Erinnerungsführerin sie berechnet habe und wie sie vom Notar des Notariats I als richtig bestätigt wurden, sei zu gering bemessen. Er will daher einen Erlass des Justizministeriums zu den Handelsregistergebühren auch dem vorliegenden Verfahren zu Grunde gelegt wissen.

IV.

Zur Überzeugung des Amtsgerichts Müllheim lässt die Entscheidung des EuGH keinerlei Zweifel daran, dass im vorliegenden Fall die Kosten der Beurkundung des Gesellschaftsvertrages betreffend die Gründung der GmbH unter das Verbot der Gesellschaftssteuerrichtlinie fallen und somit eine Abgabe

im Sinne dieser Richtlinie darstellen. Keineswegs konnte auch der Argumentation gefolgt werden, dass nunmehr Kostenschuldner die Gründer und nicht die zu gründende Gesellschaft ist.

Nach der Richtlinie 69/335/EWG in der Fassung 85/303/EWG kommt es nicht auf den Schuldner der Gebühren an, sondern ausschließlich darauf, ob die Abgabe durch eine gesellschaftsrechtliche Formalität veranlasst worden ist. Dies aber ist zweifellos der Fall.

Bei der Festsetzung der Höhe der Gebühren ist das Gericht der Berechnung der Erinnerungsführerin, die der Notar des Notariats I als richtig bestätigt hat, gefolgt. Demnach war für die Beurkundung der Gesellschaftsgründung ein zeitlicher Arbeitsaufwand des Notars von 1,5 Stunden erforderlich. Hieraus ergibt sich ein Betrag von 162,- DM. Hinzu kommt eine Arbeitsstunde des Unterstützungspersonals mit einem Betrag von 65,- DM. Die Raumkosten betragen 2 x 2,90 DM. Als weitere Ausgaben kommen hinzu die Kosten des Verwaltungsaufwands mit 2 x 3,75 DM und die Gebührenanteile des Notars mit 190,- DM.

Die hier genannten Beträge für Personalkosten und Sachkosten beruhen auf der Verwaltungsvorschrift des Finanzministeriums des Landes Baden-Württemberg über die Berücksichtigung des Verwaltungsaufwandes bei der Festlegung von Verwaltungs- und Benutzungsgebühren und von sonstigen Entgelten für die Inanspruchnahme der Landesverwaltung vom 18. September 1995 (Baden-Württembergisches GABl. Vom 18. 10. 1995, Seite 567), die zu einer möglichst einheitlichen und einfachen Ermittlung des Verwaltungsaufwands beitragen soll.

Diese Vorschrift ist zur Überzeugung des Gerichtes eine geeignete und ausreichende Grundlage zur Erhebung der Notariatsgebühren im Landesteil Baden des Landes Baden-Württemberg.

Das Amtsgericht hat die Anweisung des Justizministeriums Baden-Württemberg vom 2. 6. 1998 für Handelsregistersachen, nach der nur ein vorläufiger Kostenansatz in entsprechender Anwendung des § 13 Abs. 4 KostVfG erfolgen soll, nicht angewandt. Demnach sollen entgeltliche Gebühren erst festgesetzt werden, wenn durch eine neue gesetzliche Regelung Pauschalgebühren festgesetzt sind. Das Gericht hatte Zweifel an diesem Verfahren, da der EuGH eine spätere pauschalisierte Kostenerhebung nicht für zulässig erachtet, sondern davon spricht, dass diese Pauschalgebühren im voraus festzusetzen sind.

Dem gemäß war der Kostenansatz des Notariats aufzuheben und die Gebühr auf 430,30 DM = 220,01 EUR festzusetzen.

Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 14 Abs. 7 KostO.

Mitgeteilt von Notar a.D. Dr. Sandweg, Müllheim/Baden

Gesellschaftsrichtlinie 69/335/EWG vom 17. 7. 1969; KostO § 60

Der Ansatz der Gebühr nach § 60 KostO infolge einer durch die Verschmelzung zweier eingetragener Genossenschaften erforderlich gewordenen Grundbuchberichtigung verstößt nicht gegen die Richtlinie 69/335/EWG des Rates vom 17. 7. 1969.

LG Freiburg, Beschl. V. 30. 1. 2003 – 4 T 276/02 –

Aus den Gründen:

I.

Am 27. 12. 1999 hat die Beteiligte Ziffer 1 einen Berichtigungsantrag hinsichtlich der im Grundbuch H., Blatt Nr. zu Gunsten der Spar- und Kreditbank B. eG – Raiffeisenbank in H. eingetragenen Grundstücke gestellt. Sie hat sich hierbei auf den dem Antrag beigefügten Auszug aus dem Genossenschaftsregister des Amtsgerichts Freiburg GnR 22 St und GnR 54 Bs vom

8. 12. 1999 bezogen. Aus dieser Bescheinigung geht hervor, dass die Spar- und Kreditbank eG – Raiffeisenbank – mit Sitz in H. – als übertragene Genossenschaft – mit der Volksbank eG K. mit dem Sitz in B. – als übernehmende Genossenschaft – durch Aufnahme verschmolzen ist. Die Firma der Genossenschaft mit dem Sitz in B ist geändert und lautet auf Volksbank B. eG.

Das Grundbuchamt hat die Berichtigung vollzogen und Kosten von DM 3.920,00 festgesetzt.

Mit Schreiben vom 6. 6. 2002 hat die Beteiligte Ziff.1 Erinnerung gegen den Kostenansatz eingelegt und beantragt, die Rechtsache dem Europäischen Gerichtshof vorzulegen, weil die angesetzte Gebühr gegen die Gesellschaftsrichtlinie 69/335/EWG des Rates vom 17. 7. 1969 verstoße.

Mit der angefochtenen Entscheidung hat das Amtsgericht die Erinnerung zurückgewiesen.

II.

Die Beschwerde ist zulässig, jedoch nicht begründet.

1. Dass das Grundbuchamt zutreffend eine Gebühr nach § 60 KostO angesetzt hat und dass vorliegend nicht etwa nur der Gebührentatbestand des § 67 Abs. 1 Satz 1 KostO gegeben ist, stellt auch die beteiligte Ziffer 1 nicht in Frage (vgl. hierzu auch OLG Hamm Rpfleger 1983, 42; Koritenberg/Lappe, KostO 15. Auflage § 60 Rdnr. 16, 16 a).

2. Das Grundbuchamt hat mit den angesetzten Kosten auch nicht gegen höher rangiges Recht, insbesondere nicht gegen die Richtlinie 69/335/EWG des Rates vom 17. 7. 1969 betreffend die indirekten Steuern auf die Ansammlung von Kapital verstoßen (im folgenden Richtlinie).

a) Nach Artikel 4 der Richtlinie unterliegen die dort aufgeführten Vorgänge der Gesellschaftssteuer. Nach Artikel 10 der Richtlinie erheben die Mitgliedstaaten abgesehen von der Gesellschaftssteuer von den Gesellschaften keinerlei Steuern oder Abgaben auf die in Artikel 4 genannten Vorgänge und die Einlagen, Darlehen oder Leistungen im Rahmen der in Artikel 4 genannten Vorgänge.

b) Vorliegend geht es um einen von Art. 4 erfassten Vorgang, nämlich die in Artikel 4 Abs. 1 Buchstabe c genannte Erhöhung des Kapitals einer Kapitalgesellschaft durch Einlagen jeder Art. Deshalb ist hier grundsätzlich der Regelungsgehalt der Richtlinie vom 17. 7. 1969 berührt.

Eine Verschmelzung im Wege der Aufnahme durch Übertragung des Vermögens eines Rechtsträgers (übertragener Rechtsträger) als ganzes auf einen anderen bestehenden Rechtsträger (übernehmender Rechtsträger) im Sinne von § 2 Nr. 1 UmwG – vorliegend durchgeführt durch eingetragene Genossenschaften, was sich im Einzelnen nach den Bestimmungen der § 79 ff. UmwG bestimmt – stellt eine Erhöhung des Kapitals einer Kapitalgesellschaft durch Einlagen jeder Art i.S.v. Artikel 4 Abs. 1 c der Richtlinie dar. Es handelt sich nämlich um einen Vorgang der Kapitalansammlung, der in der Erhöhung des Kapitals einer, der sog. „übernehmenden“ Gesellschaft durch die Einbringung des gesamten Vermögens durch eine andere, die sog. „übernommene“ Gesellschaft besteht (EuGH, Urteil vom 13. 2. 1996 – verbundene Rechtssachen C-197/94 und C-252/94, Rdnr. 34 bis 36; vgl. auch EuGH, Urteil vom 11. 12. 1997 – C-8/96 – Rdnr. 20; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 5. 12. 2002 – 14 Wx 130/01, in juris dokumentiert). Die Richtlinie erfasst auch Verschmelzungsverträge eingetragener Genossenschaften (vgl. OLG Karlsruhe aaO).

c) Derartige Vorgänge dürfen, wie sich aus Artikel 10 Buchstaben a und b der Richtlinie ergibt, weder unmittelbar noch mittelbar einer über die Vorgaben der Richtlinie hinausgehenden Besteuerung ausgesetzt werden (vgl. EuGH, Urteil vom 11. 12. 1997 – C-8/96 – Rdnr. 27).

Sie dürfen dann auch nicht Steuern oder Abgaben i. S. v.

Artikel 10 Buchstabe c der Richtlinie unterworfen werden, weil derartige Abgaben zwar nicht auf die Kapitalzuführung als solche, wohl aber wegen der Formalitäten im Zusammenhang mit der Rechtsform der Gesellschaft, also des Instruments zur Kapitalsammlung, erhoben würden, so dass die Beibehaltung dieser Abgaben auch die von der Richtlinie verfolgten Ziele gefährden würde (EuGH, Urteil vom 2. 12. 1997 – C-188/95 – Rdnr. 21).

d) Dennoch verstößt die Erhebung der Eintragungsgebühren, die durchaus als Steuern und Abgaben im vorbeschriebenen Sinne angesprochen werden können, vorliegend nicht gegen die Bestimmungen der Richtlinie vom 17. 7. 1969. Artikel 12 der Richtlinie bestimmt nämlich, dass in Abweichung von Artikel 10 die Mitgliedstaaten Besitzwechselsteuern, einschließlich Kapitalsteuern auf die Einbringung von ihrem Hoheitsgebiet gelegenen Liegenschaften oder „fonds de commerce“ in eine Gesellschaft, Personenvereinigung oder juristische Person mit Erwerbzzweck erheben können. Mit Besitzwechselsteuern sind Registersteuern gemeint, die von Kapitalgesellschaften im Zusammenhang mit bestimmten Vorgängen der Übertragung von Grundstücken oder „fonds de commerce“ nach allgemeinen und objektiven Kriterien erhoben werden. Artikel 12 macht keinen Unterschied zwischen verschiedenen Besitzwechselsteuern, die die Mitgliedsstaaten erheben können. Sie ermächtigt die Mitgliedsstaaten allgemein, neben der Gesellschaftssteuer, jedoch im Zusammenhang mit einer Einbringung in eine Kapitalgesellschaft, Steuern zu erheben, deren Entstehungstatbestand objektiv im Zusammenhang mit der Übertragung des Eigentums an Grundstücken steht (EuGH, Urteil vom 11. 12. 1997 – C-42/96 – Rdnr. 34 f.). Um eine derartige Besitzwechselsteuer geht es hier, auch wenn der Vorgang sich rechtstechnisch nur als Grundbuchberichtigung nach einem Verschmelzungsvorgang darstellt (vgl. EuGH aaO.).

e) Nach Artikel 12 Abs. 2 der Richtlinie darf es bei den in Absatz 1 Buchstabe b genannten Steuern und sonstigen Abgaben keinen Unterschied machen, ob der Ort der tatsächlichen Geschäftsleitung im Hoheitsgebiet des die Steuern erhebenden Mitgliedsstaates liegt oder nicht. Diese Steuern und sonstige Abgaben dürfen auch nicht höher sein als diejenigen, die in dem erhebenden Mitgliedsstaat für gleichartige Vorgänge erhoben werden. Auch diese Voraussetzungen sind gegeben, da der Gebührentatbestand der § 60 Abs. 1 KostO allgemein gefasst ist und sämtliche mit der Eintragung eines Eigentümers zusammenhängenden Vorgänge erfasst, unabhängig davon, ob es sich um einen Sachverhalt handelt, der grundsätzlich von der Richtlinie erfasst wird oder nicht.

Die Beschwerde der Beteiligten Ziffer 1 ist deshalb nicht begründet (vgl. auch OLG Frankfurt, Beschluss vom 22.08.2000 – 20 W 288/00; BayObLG FGPrax 2001, 37).

3. Der Wortlaut der Richtlinie ist eindeutig, weshalb die Rechtslage unzweifelhaft und klar ist. Außerdem hat der EuGH, wie dargestellt, die hier aufgeworfenen Fragen bereits beantwortet. Eine Vorlage an den EuGH kommt deshalb nicht in Betracht.

4. Die Voraussetzungen der Zulassung der weiteren Beschwerde sind mangels grundsätzlicher Bedeutung nicht gegeben.

Mitgeteilt von Dr. Ungewitter, Richter am Landgericht, Freiburg

BGB §§ 133, 157, 2276

Die Regelung in einem Erbvertrag unter Ehegatten, dass der überlebende Ehegatte „an die Bestimmungen des

Erbvertrages derart gebunden ist, dass er lediglich berechtigt ist, die Bestimmungen bezüglich § 3 (Pflichtteilsansprüche der Abkömmlinge) sowie § 5 (Einsetzung der Beteiligten Ziff. 1 und 2 je zur Hälfte) des Erbvertrages zu Gunsten von gemeinschaftlichen Abkömmlingen zu ändern, und zwar durch Vermächtnisse, Teilungsanordnungen oder andere Erbteilquoten“, schließt die wirksame Enterbung eines Abkömmlings der Ehegatten durch den letztversterbenden Ehegatten nicht aus.

LG Hechingen, Urteil vom 24. Juli 2002 – 2 O 180/2

Tatbestand:

Die Klägerin nimmt das beklagte Land auf Schadensersatz in Anspruch, weil bei der Errichtung eines notariellen Testaments der Notarin ein Fehler unterlaufen sei.

Die Klägerin ist die Tochter der am 16. 9. 1999 Verstorbenen (künftig: Erblasserin), und des am 4. 10. 1986 Verstorbenen.

Die Erblasserin errichtete zunächst zusammen mit Ihrem Ehemann am 1. 6. 1984 einen Erbvertrag. Darin ist geregelt, dass der zuerst verstorbene Ehegatte seinen überlebenden Ehegatten zu seinem unbeschränkten Alleinerben einsetzt. Abkömmlinge, die auf den Tod des zuerst verstorbenen Ehegatten einen Pflichtteil verlangen, sollen auch auf den Tod des überlebenden Ehegatten nur einen Pflichtteil erlangen. Der überlebende Ehegatte setzt die gemeinsamen Kinder zu seinen Erben ein. Er

„ist an die Bestimmungen des Erbvertrags derart gebunden, dass er lediglich berechtigt ist, die Bestimmungen bezüglich § 3 (Pflichtteilsansprüche der Abkömmlinge) sowie § 5 (Einsetzung der Beteiligten Ziff. 1 und 2 je zur Hälfte) des Erbvertrags zugunsten von gemeinschaftlichen Abkömmlingen zu Ändern und zwar durch Vermächtnisse, Teilungsanordnungen oder andere Erbteilquoten.“

Ein Anfechtungsrecht des überlebenden Ehegatten im Sinne der §§ 2281, 2079 BGB wurde ausdrücklich ausgeschlossen, ebenso ein Rücktritt nicht vorbehalten.

Am 18. 2. 1998 hat die Erblasserin zur Niederschrift der Notarin ein Testament errichtet. Unter Bezugnahme auf den Erbvertrag, insbesondere auf den § 6, hat die Erblasserin die in § 5 enthaltene Einsetzung beider Kinder als Schlusserben widerrufen und die Klägerin zur Alleinerbin eingesetzt. Die Erblasserin machte der Klägerin ferner zur Auflage, eine Miteigentumshälfte eines Grundstücks auf deren Ehemann zu übertragen, falls dieses Grundstück noch in ihren Nachlass gefallen sei und falls die Ehe ihrer Tochter noch bestünde. Dabei wird ausdrücklich festgestellt, dass es sich bei dieser Anordnung nicht um ein Vermächtnis an ihren Schwiegersohn handle und dieser keinen Anspruch auf Vollzug habe.

Am 11. 11. 1999 beantragte der Bruder die Erteilung eines gemeinschaftlichen Erbscheins dahin, dass Erben er und die Klägerin je zur Hälfte sind. Mit Beschluss vom 2. 2. 2000 erließ das Notariat – Nachlassgericht – einen Zwischenbescheid, wonach es beabsichtige, dem Antrag der Klägerin auf Erteilung eines Erbscheins, welcher ihr Alleinerbrecht ausweist, stattzugeben. Nach Ansicht des Nachlassgerichts ist die Erblasserin durch die Bestimmungen des Erbvertrags, insbesondere dessen § 6, nicht daran gehindert gewesen, den Sohn zu enterben und die Tochter zur alleinigen Erbin einzusetzen.

Auf die Beschwerde des Bruders hat das Landgericht Rottweil mit Beschluss vom 29. 8. 2000 den Beschluss des Nachlassgerichts aufgehoben und dieses angewiesen, dem Beschwerdeführer einen Erbschein dahin zu erteilen, dass die gemeinschaftlichen Kinder Erben je zur Hälfte geworden sind.

Die Klägerin hat diesen Beschluss des Landgerichts Rottweil mit der weiteren Beschwerde angefochten, weil das Landgericht bei seiner Auslegung der erbvertraglichen Regelung zu sehr deren Wortlaut verhaftet geblieben sei und zu wenig den wirklichen Willen der den Vertrag schließenden Eheleute erforscht habe. Diesen sei es nämlich vorrangig darum gegangen,

Familienfremde als Erben auszuschließen. Dagegen sollte es dem überlebenden Ehegatten ausdrücklich möglich sein, einen Abkömmling nicht nur zu benachteiligen, sondern ganz auszuschließen, beispielsweise für den Fall, dass dieser Abkömmling sich dem überlebenden Ehegatten gegenüber unangemessen verhalten würde. Hätten die Erblasser die vollständige Enterbung eines Abkömmlings durch den überlebenden Elternteil ausschließen wollen, so hätten sie mit Sicherheit eine Untergrenze im Vertrag festgesetzt, zumal sie beim Abschluss des Erbvertrags von einem Notar beraten worden sind. Das Fehlen einer vertraglich festgelegten Mindestquote berge die Gefahr in sich, dass ein Rechtsstreit darüber geführt werden müsse, in welchem Maß die Erbquote zu Lasten eines Kindes herabgesetzt werden könne.

Das OLG Stuttgart hat die weitere Beschwerde als unbegründet zurückgewiesen.

Entsprechend der Entscheidung des Beschwerdegerichts erteilte das Notariat – Nachlassgericht einen gemeinschaftlichen Erbschein, wonach die Klägerin und ihr Bruder je zur Hälfte Erben der verstorbenen Mutter geworden seien. Die Geschwister haben zwischenzeitlich den mütterlichen Nachlass unter Berücksichtigung einer hälftigen Erbquote auseinandergesetzt worden.

Die Klägerin ist der Ansicht, die Notarin habe ihre Amtspflicht dadurch verletzt, dass sie ein unwirksames Testament beurkundet habe. Sie habe die Erblasserin nicht über die eingeschränkte Testiermöglichkeit und den Umfang der Bindungswirkung belehrt. Bei pflichtgemäßer Belehrung hätte die Erblasserin so testiert, dass der Bruder lediglich Erbe mit einer Quote von 1/4 geworden wäre. Für die Amtspflichtverletzung der Notarin hafte das Land der Klägerin auf Schadensersatz. Der Schaden bestehe darin, dass bei pflichtgemäßer Beurkundung der Bruder nicht hälftig, sondern lediglich mit 1/4 Miterbe geworden wäre. Die Klägerin bezifferte diesen Schaden in der Klageschrift mit 29.155,31 €.

Aus den Gründen:

Die zulässige Klage ist nicht begründet.

Das Land haftet nicht gemäß Artikel 34 GG i.V.m. § 839 BGB auf Schadensersatz. Die Notarin hat pflichtgemäß (§ 17 BeurkG) belehrt und ein wirksames Testament beurkundet. Das Testament vom 18. 2. 1998 regelt die Alleinerbeneinsetzung der Klägerin und die Enterbung ihres Bruders. Es verstößt nicht gegen nach dem Ehevertrag vom 1. 6. 1984 für den überlebenden Ehegatten bestehende Bindungen.

1. Zutreffend nimmt die Klägerin das Land Baden-Württemberg in Anspruch. Die Notarhaftung beurteilt sich nicht nach § 19 NotO, da für das Land Baden-Württemberg gemäß § 114 BnotO eine Sonderregelung dahin besteht, dass gemäß § 17 LFGG die Notare im Landesdienst mit dem Notarsamt beauftragt sind. Deshalb haftet das Land als Anstellungskörperschaft bei Rechtsverletzungen beamteter Notare (vgl. *Soegel/Vinke*, BGB, Band 5/2, 12. Aufl., § 839 Rz. 102).
2. Mit der Aushändigung eines, wie vorliegend, auch gemeinschaftlichen Erbscheins (§§ 2353, 2357 BGB) ist die Vermutung verbunden, dass den in der Urkunde angegebenen Erben das besagte Erbrecht zustehe (§ 2365 BGB).

Die im Erbscheinsverfahren ergangenen Entscheidungen entfallen insoweit keine materielle Rechtskraft, schon gar nicht im Verhältnis zum beklagten Land (BGHZ 47, 58, 67). Vielmehr hat das Prozessgericht selbständig zu prüfen, ob eine Alleinerbeneinsetzung der Klägerin wirksam war.

3. Die Auslegung von notariell beurkundeten Erbverträgen richtet sich nach §§ 133, 157 BGB. Sie ist auch bei klarem und eindeutigen Wortlaut einer erbvertraglichen Regelung zulässig und geboten, um den wahren Willen des Erblassers zu erforschen und ihm Geltung zu verschaffen (BGHZ 80, 246 = NJW 1981, 1736, 1737; BGHZ 86 41 = NJW 1983, 672, 673; *Palandt/Edenhofer*, BGB 61. Aufl. 2002, Vor § 2274 Rz. 8).

a) Zur Erforschung des wirklichen Willens der Vertragsschließenden sind alle zugänglichen Erkenntnismittel auszuschöpfen. Auch außerhalb der Vertragsurkunde liegende Umstände (BGHZ 86, 41, 47 = NJW 1983, 672, 673) und die allgemeine Lebenserfahrung sind heranzuziehen (BayObLGZ 1959, 199, 204). Alle zugänglichen Umstände vor und nach Errichtung der Verfügung, die im Zusammenhang mit den ihr enthaltenen Erklärungen stehen, sind heranzuziehen und das gesamte Verhalten der Vertragsschließenden sowie alle ihre Äußerungen und Handlungen sind zu berücksichtigen (BGHZ 86, 41, 47 = NJW 1983, 672, 673). Der Gesamthalt der Erklärung einschließlich aller Nebenumstände ist als Ganzes zu würdigen (vgl. *Palandt/Edenhofer*, a.a.O., § 2084 Rz. 5). Maßgebend sind nicht die einzelnen Worte und Wendungen, die die Vertragsschließenden benutzt haben, sondern der wirkliche Wille der Vertragsschließenden, woraus folgt, dass diesen auch im Falle eines „klaren und eindeutigen“ Wortlauts keine Grenzen gesetzt sind (BGHZ 80, 246 = NJW 1981, 1736, 1737; BGHZ 86, 41 = NJW 1983, 672, 673). Zwar muss der Wille des bzw. der Verfügenden, wenn er wirksam geworden sein soll, wegen der Formgebundenheit der Verfügungen von Todes wegen in der Verfügungsurkunde irgendwie, wenn auch nur andeutungsweise, unvollkommen oder versteckt Ausdruck gefunden haben (BGHZ 80, 242 = NJW 1981, 1737).

Durch diese Formgültigkeit der Erklärung (§ 125 BGB) betreffende Voraussetzung wird jedoch nicht schon die Ermittlung des Inhalts der Erklärung begrenzt. Die Frage nach der Einhaltung der vorgeschriebenen Form kann sich erst stellen, wenn der Inhalt der Erklärung durch Auslegung ermittelt ist. Dann erst ist nämlich zu entscheiden, ob der ermittelte Wille auch formgültig erklärt ist und ausreichende Stütze in der Verfügung gefunden hat (BGHZ 6, 41 = NJW 83, 672, 673).

b) Zwar kommt es auf den Willen und die Vorstellung des Notars grundsätzlich nicht an (vgl. *Palandt/Edenhofer*, a.a.O., Vor § 2274 Rz. 8). Doch ist sein Verständnis gegebenenfalls von indizieller Bedeutung (BayObLG NJW-RR 1997, 835, 836).

Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme steht zur Überzeugung der Kammer (§ 286 ZPO) fest, dass der wirkliche Wille der Eltern auch die Enterbung eines Abkömmlings durch den überlebenden Ehegatten mit einschließt.

Zwar haben das Landgericht Rottweil und das OLG Stuttgart im Erbscheinsverfahren die Auffassung vertreten, die Formulierung „andere Erbteilsquoten“ schließe eine vollständige Enterbung aus. Diese Auslegung des Testaments ist nach dem Wortlaut bzw. dem allgemeinen Sprachverständnis, aber auch nach dem Regelungszusammenhang mit den anderen Bestimmungen des Erbvertrags zwar möglich. Doch hat die Vernehmung des den Erbvertrag beurkundenden Notars als Zeugen ergeben, dass der wirkliche Wille der Eltern auch die Enterbung eines Abkömmlings durch den überlebenden Ehegatten mit einschließt. Er konnte sich zwar nicht mehr an den Erbvertrag erinnern. Nach seiner Erinnerung hat er indes in 23 Berufsjahren ca. 200 solcher Erbverträge beurkundet. Er konnte daher genau den Ablauf einer solchen Beurkundung und der ihr vorausgegangenen Belehrung wie folgt wiedergeben:

Er habe nach der Erforschung des Willens der Beteiligten diese ausführlich über die rechtliche Gestaltung belehrt. Zwar sei es Ehegatten vor allem darauf angekommen, familienfremde Dritte, auch weitere Ehegatten des überlebenden Ehegatten, von der Erbfolge auszuschließen. Doch sollte im Allgemeinen auch die Enterbung eines Abkömmlings offengehalten werden. Wenn die Ehegatten dem überlebenden Ehegatten auch eine Enterbung eines Abkömmlings ermöglichen wollten, habe er immer zu der

von ihm gewählten Formulierung geraten und die Ehegatten auch dahin belehrt, dass dem überlebenden Ehegatten nach dieser Formulierung auch die Enterbung eines Abkömmlings eröffnet sei. Diese Formulierung habe er von seinen Vorgängern übernommen.

Der Zeuge ist glaubwürdig. Er hat einen sicheren Eindruck hinterlassen und präzise Antworten gegeben. Die Kammer ist deshalb der Überzeugung, dass der Zeuge darüber aufgeklärt und dahin belehrt hat, dass die gewählte Formulierung im Erbvertrag auch die Enterbung eines Abkömmlings ermöglicht.

c) Der Änderungsklausel stehen keine rechtlichen Bedenken entgegen.

Mit Rücksicht auf die Vertragsfreiheit, die auch für den Abschluss von den Erbverträgen gilt, konnten die Vertragspartner eines Erbvertrags dem überlebenden Ehegatten grundsätzlich das Recht vorbehalten, in gewissem Umfang letztwillige Verfügungen zu treffen, die mit den im Erbvertrag getroffenen unvereinbar sind, solange der Vorbehalt in der Form des §§ 2276 BGB vereinbart, der Erbvertrag damit nicht seines eigentlichen Wesens entkleidet wird und in ihm eine vertragsmäßig nach § 2278 Abs. 2 BGB zu treffende Verfügung enthalten bleibt (vgl. BGHZ 26, 204, s. auch *Staudinger/Kanzleiter*, BGB, 13. Bearb., § 2278 Rz. 11 ff; MünchKomm/Musielak, BGB, Band 9, 3. Aufl., § 2278 Rz. 13 ff.).

Gestützt auf den Änderungsvorbehalt konnte sonach die Notarin die von der Erblasserin gewünschte Alleinerbeinsetzung ihrer Tochter und damit die Enterbung ihres Sohnes, der sich nicht mehr um seine Mutter gekümmert hatte, beurkunden. Das von der Erblasserin gewünschte Beurkundungsziel ist also erreicht worden. Nachdem die Klägerin Alleinerbin geworden ist, entfällt jeglicher Schaden.

Mitgeteilt von Dr. Hans-Ulrich Maurer, Vizepräsident des Landgerichts Hechingen

BGB §§ 880, 881

Wird eine Finanzierungsgrundschuld unter Ausnutzung eines bei der Auflassungsvormerkung zugunsten des Käufers vorbehaltenen Vorrangs mit Rang vor der Auflassungsvormerkung eingetragen, darf das Grundbuchamt die zusätzlich beantragte Eintragung eines Wirksamkeitsvermerks bei der Auflassungsvormerkung und bei der Finanzierungsgrundschuld nicht zurückweisen.

LG Darmstadt, Beschl. v. 30. 10. 2002 26 T 171 /2002

Aus den Gründen:

I.

Mit notariellem Vertrag verkauften die Beteiligten zu 1. und 2., eingetragene Miteigentümer des Wohnungseigentums dieses an die Beteiligte zu 3.

Unter Ziffer 5 d) der „Anlage Finanzierung“ zum vorgenannten Vertrag vereinbarten die Beteiligten:

„Vorrangvereinbarung, Zustimmung, Wirksamkeitsvermerke:

Der Verkäufer als derzeitiger Eigentümer bietet dem Gläubiger Ausnutzung des Rangvorbehaltes durch ein diesem Angebot entsprechendes Grundpfandrecht ... an.

Der Käufer als künftiger Berechtigter der ihm in dieser Urkunde vorstehend bestellten Vormerkung bietet dem Gläubiger Zustimmung zur Bestellung dieses Grundpfandrechts ... sowie diesem Grundpfandrecht ... den Rang vor der Vormerkung einzuräumen und Wirksamkeitsvermerke bei Vormerkung und Grundpfandrecht zu bestellen ...“

Mit weiterer notarieller Urkunde bewilligten die Beteiligten zu 1. bis 3. die Eintragung der zugunsten der Beteiligten zu 4. bestellten Grundschuld unter Ausnutzung des Rangvorbehaltes im Rang vor der für die Beteiligte zu 3. bewilligten Vormerkung und entsprechende Wirksamkeitsvermerke.

Nachdem das Grundbuchamt die Auflassungsvormerkung in Abt. II lfd. Nr. 6 am 12. 07. 2002 und die vorgenannte Grundschuld in Abt. III lfd. Nr. 6 des Grundbuches am 6. 8. 2002 mit Rangvermerken, aber ohne Wirksamkeitsvermerke eingetragen hatte, beantragten die Beteiligten erneut die Eintragung der Wirksamkeitsvermerke.

Mit Beschluss vom 11. 09. 2002 wies das Grundbuchamt diesen Antrag zurück.

Hiergegen richtet sich der Rechtsbehelf vom 13. 09. 2002, der nach Nichtabhilfeentscheidung vom 17. 09. 2002 als Beschwerde statthaft ist.

II.

Die Beschwerde ist begründet.

Die Zurückweisung des Antrages, Wirksamkeitsvermerke bei den Rechten Abt. II lfd. Nr. 6 und Abt. III lfd. Nr. 6 einzutragen, ist nicht gerechtfertigt.

Der Wirksamkeitsvermerk ist im Gesetz nicht ausdrücklich vorgesehen. Die Eintragungsfähigkeit eines solchen Vermerkes ist indessen für solche Fälle anerkannt, in denen ein Bedürfnis dafür besteht, aus dem Grundbuch die Wirksamkeit eines eingetragenen Rechtes gegenüber einer Verfügungsbeschränkung ersichtlich zu machen.

So wird die Eintragung eines Wirksamkeitsvermerkes im Grundbuch für zulässig erachtet, wenn die Verfügung über ein Grundstück, das der Nacherbfolge unterliegt, dem Nacherben gegenüber auch bei Eintritt des Nacherbfalles entgegen § 2113 BGB voll wirksam ist, da ansonsten aufgrund der Eintragung der Verfügung nach dem Nacherbenvermerk gemäß § 51 GBO deren Unwirksamkeit vermutet wurde (vgl. Demharter, GBO, 23. Aufl., § 51 Rdn. 25). Auch gegenüber einer Vormerkung auf Eigentumserwerb besteht ein Bedürfnis, die uneingeschränkte Wirksamkeit des vom Veräußerer vertragsgemäß bestellten, später eingetragenen Grundpfandrechts durch Vermerk klarzustellen. Der Wirksamkeitsvermerk ist insoweit ein einfaches Mittel, für jedermann Klarheit zu schaffen und damit die Publizitätswirkung des Grundbuches zu fördern.

Auch im vorliegenden Fall besteht ein den Eintragungsantrag rechtfertigendes Bedürfnis, die materiellrechtliche Wirksamkeit Grundpfandrechtes im Hinblick auf die Auflassungsvormerkung im Grundbuch klarzustellen. Denn auch bei Annahme der Rangfähigkeit der Vormerkung und aus dem Grundbuch ersichtlicher Vorrangigkeit des Grundpfandrechtes, ändert sich nichts daran, dass Zweifel an der Wirksamkeit des Grundpfandrechtes nicht völlig ausgeschlossen sind. Das Rangverhältnis bei Rechten ist für die Wirksamkeit der Belastung selbst zunächst grundsätzlich ohne Bedeutung (vgl. BGH, Beschluss 25. 03. 1999, – V ZB 34/98, in: Rpfleger 1999, 383).

Im übrigen ist nicht zu verkennen, dass der Rangfähigkeit der Vormerkung vor dem Hintergrund der vorgenannten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes nunmehr wieder grundsätzliche Bedenken entgegen gebracht werden.

So wird die Meinung vertreten: die Zulässigkeit eines bei der Auflassungsvormerkung und bei der mit Zustimmung des Vormerkungsberechtigten entstandenen Grundstücksbelastung einzutragenden Wirksamkeitsvermerks gebe generell Anlass, sich mit der Frage nach dem Rang einer Vormerkung zu befassen. Diese habe keinen Rang, mit der Folge, dass auch Vereinbarungen über den nicht vorhandenen Rang der Auflassungsvormerkung (Rangrücktritt, Rangvorbehalt) ausgeschlossen seien. Diesbezüglich erfolgte Eintragungen seien gegebenenfalls ohnehin in Wirksamkeitsvermerke umzudeuten und insoweit seien von Amts wegen Grundbuchberichtigungen vorzunehmen (vgl. Schubert, Der Rangrücktritt ist tot ..., Bemerkun-

gen zum Beschluss des BGH v. 25. 03. 1999, in: DNotZ 1999, 967).

Vor diesem Hintergrund kann nicht angenommen werden, im vorliegenden Fall werde das Grundbuch durch zusätzliche Wirksamkeitsvermerke überfrachtet (a.A. Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 12. Aufl., Rdn. 1523 a).

Mitgeteilt von Rechtsanwalt und Notar Uwe Friedrich, Babenhäusen

ZPO §§ 42 ff, BeurkG § 3, LFGG BW § 5

1. Die Bestimmungen der – auch im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit entsprechend anwendbaren – §§ 42 ff ZPO über die Ausschließung und Ablehnung von Richtern gelten nicht im Beurkundungsverfahren.

2. Nach Abschluss der Beurkundung ist eine Ablehnung des beurkundenden Notars unzulässig.

OLG Stuttgart, Beschluss von 22.03.2003 – 8 W 576/01

Aus den Gründen:

I.

Der Beschwerdeführer hat – unter gleichzeitiger Beantragung von Prozesskostenhilfe für das gerichtliche Ablehnungsverfahren – zu Protokoll des Rechtspflegers des Landgerichts im Rahmen eines Verfahrens auf Betreuungsanordnung erklärt: „Der Notar ... als Urkundsperson ... wird wegen Besorgnis der Befangenheit im Zusammenhang mit seiner Beurkundungstätigkeit anlässlich des ... 1998 abgegebenen „Schuldanerkenntnisses“ abgelehnt.“

Diesen Ablehnungsantrag hat das Landgericht zurückgewiesen, ohne zuvor über den Prozesskostenhilfeantrag entschieden zu haben. Auf Rüge hat die Kammer den PKH-Antrag durch weiteren Beschluss mangels Erfolgsaussicht zurückgewiesen. Dagegen wendet sich der Beschwerdeführer mit der „sofortigen Beschwerde“, verbunden mit einem PKH-Antrag für das Beschwerdeverfahren und einem Antrag auf Bestellung eines Verfahrensplegers.

II.

1. Ein *Verfahrenspfleger* gemäß § 67 FGG war für das vorliegende Beschwerdeverfahren das kein „Rechtsbeschwerdeverfahren“ nach § 27 Abs. 1 FGG, sondern ein Beschwerdeverfahren nach § 127 Abs. 2 S. 2 ZPO iVm § 14 FGG ist – nicht zu bestellen. Denn dieses PKH-Verfahren für die Ablehnung des Notars ... als Urkundsperson steht in keinem rechtlichen Zusammenhang mit dem Betreuungsverfahren.

Der Antrag auf *Prozesskostenhilfe* für das Beschwerdeverfahren vor dem Senat (§§ 14 FGG, 114, 119 Abs. 1 ZPO) war zurückzuweisen, weil die beabsichtigte Rechtsverfolgung im Beschwerdeverfahren keine Aussicht auf Erfolg hat, wie sich aus den nachfolgenden Ausführungen ergibt.

2. Da das Landgericht erstmals über den *PKH-Antrag* für das Notar-Ablehnungsverfahren entschieden und diese Entscheidung nicht als Beschwerdegericht (vgl. § 567 Abs. 3 ZPO aF), sondern als „Erstgericht“ getroffen hat, behandelt der Senat die dagegen gerichtete Beschwerde nach § 127 Abs. 2 S. 2 ZPO iVm § 14 FGG als statthaft und auch im übrigen als zulässig.

Die Beschwerde hat jedoch keinen Erfolg, weil sich das Landgericht im Ergebnis zu Recht auf den Rechtsstandpunkt gestellt hat, dass die mit diesem Antrag beabsichtigte Rechtsverfolgung keine Erfolgsaussicht hat.

a) Zwar gehört das Beurkundungswesen als Teil der vorsorgenden Rechtspflege zum Bereich der Freiwilligen Gerichtsbarkeit und die Beurkundungsperson ist grundsätzlich in ähnlicher Weise zur Unparteilichkeit und Unvoreingenommenheit verpflichtet (§ 14 BNotO bzw. § 114 BNotO iVm 3 20 LFGG BW) wie ein Richter. Maßgebend ist jedoch weder das FGG noch der vom Beschwerdeführer wiederholt in Bezug

genommene – § 5 LFGG BW, sondern das *Beurkundungsgesetz* (BeurkG), das diesen Bereich seit 1969 vorrangig (vgl. § 64 BeurkG) bundeseinheitlich regelt (vgl. *Keidel/Winkler*, BeurkG 14. Aufl. 1999, Einl. Rn 3 ff). Bei der Beurkundung des Schuldanerkenntnisses ... 1998 hat der abgelehnte Notar weder als Vormundschaftsrichter noch als Grundbuchrichter gehandelt, sondern als Beurkundungsperson nach § 1 Abs. 1 BeurkG.

Das BeurkG hat in den §§ 3, 6, 7 für die Ausschließung und Ablehnung einer Beurkundungsperson eine *eigenständige Regelung* geschaffen, die der Eigenart des Beurkundungsverfahrens Rechnung trägt und den Bestimmungen über die Richterablehnung der §§ 41 ff ZPO iVm § 14 FGG § 5 LFGG vorgeht (*Keidel/Winkler*, aaO, § 3 Rn 5; *Huhn/von Schuckmann*, BeurkG, 3. Aufl. 1995 § 3 Rn 47; *Eylmann/Vaasen*, BNotO/BeurkG (2000) § 3 BeurkG Rn 1 f, 64; vgl. auch Bernhard in Beck'sches NotarHdb, 3. Aufl. 2000, F 35 ff, 41 f; *Schippel/Vetter*, BNotO 7. Aufl. 2000, § 16 Rn 5, 87 ff; *Amdt/Lerch/Sandmüller*, BNotO 3. Aufl. 2000, § 16 Rn 2f, 102ff; *Mihm* DNotZ 1999, 8, 9f). Eine *Beurkundung* ist weder eine richterliche Entscheidung noch ein richterliches Verfahren, weshalb ein gesondertes Ablehnungsverfahren nicht eröffnet ist.

Soweit der Notar nicht nach §§ 6, 7, 27 BeurkG wegen bestimmter Sachverhalte von der Beurkundung ausgeschlossen ist – mit der Folge der völligen oder teilweisen Unwirksamkeit der Beurkundung –, ist er nach § 3 Abs. 1 S. 2, Abs. 2, 3 BeurkG gehalten, auf etwaige Befangenheitsgründe *hinzuweisen* und gegebenenfalls die Beurkundung zu verweigern oder nicht fortzuführen (wie auch im Falle des § 4 BeurkG). Ebenso haben die Beteiligten des Beurkundungsverfahrens etwa im Falle von Äußerungen des Notars, die Zweifel an seiner Unparteilichkeit wecken, die Möglichkeit, das Beurkundungsverfahren abzubrechen, indem sie das Beurkundungersuchen zurücknehmen [*Huhn/von Schuckmann*, aaO; *Kawohl*, DNotZ 1996, 707 (Anm. zu OLG Hamm aaO); *Keim*, Das notarielle Beurkundungsverfahren (1990) S. 11 ff; *Rohs*, Geschäftsführung der Notare, 9. Aufl. 1987, S. 181 f; *Jansen*, FGG Bd. III (1971) BeurkG § 3 Rn 1 f, 46 ff; *Höfer/Huhn*, Allg. Beurkundungsrecht (1968) S. 247 f]. Personen, die die Beurkundungstätigkeit nicht in Anspruch nehmen, haben ohnehin kein „Ablehnungsrecht“ (allg. M.; vgl. *Schippel/Vetter*, aaO, Rn 89). Wird aber die Beurkundung – wie hier am ... 1998 – abgeschlossen und bedarf es auch keiner weiteren Vollzugshandlungen (vgl. OLG Hamm DNotZ 1996, 703 m. abl. Anm. Kawohl), dann ist nach deren Abschluss für eine Ablehnung der Beurkundungsperson wegen Befangenheit kein Raum mehr (*Keidel/Winkler*, aaO, § 3 Rn 190–192). Vielmehr bleibt die abgeschlossene Beurkundung grundsätzlich wirksam.

Eine andere Beurteilung ergibt sich auch nicht daraus, dass der Bezirksnotar neben seiner Funktion als Beurkundungsperson zugleich (im OLG-Bezirk Stuttgart) die Aufgaben eines Vormundschaftsrichters wahrzunehmen hat (§ 1 LFGG; vgl. § 114 BNotO). Diese Aufgabenbereiche unterliegen vielmehr ganz unterschiedlichen Regelungen.

Dem gemäß steht auch einem Urkundsbeteiligten nach Beurkundung ein Ablehnungsverfahren im Sinne eines Zwischenverfahrens – wie bei einem gerichtlichen Verfahren – überhaupt nicht zur Verfügung, wie auch ein Beschwerdeverfahren entsprechend § 46 ZPO im Beurkundungsverfahren nicht eröffnet ist. Für ein rechtlich nicht statthaftes Verfahren kann Prozesskostenhilfe mangels jeglicher Erfolgsaussicht nicht gewährt werden.

- b) Daraus folgt weiter, dass das Landgericht gar *nicht* dazu befugt war, über die (ihm vorgelegte) nachträglich Ablehnung der Beurkundungsperson *sachlich* („als unbegründet“) zu entscheiden. Vielmehr hätte es, nachdem es zutreffend den § 3 BeurkG als maßgebliche Norm erkannt hatte, den Ablehnungsantrag als unzulässig verwerfen müssen. ... Eine andere Beurteilung ergibt sich auch nicht daraus, dass das Landgericht über den Prozesskostenhilfeantrag *nachträglich*, nämlich erst ca. 3 Wochen nach der Entscheidung über das Ablehnungsgesuch gegen den Notar, entschieden hat. ...

5. Die Voraussetzungen für eine Zulassung der *Rechtsbeschwerde* zum Bundesgerichtshof nach §§ 574, 575 ZPO nF – die ab 2002 grundsätzlich auch für das PKH-Bewilligungsverfahren eröffnet ist (vgl. *Zöller/Philippi*, § 727 Rn 43) – sind nicht erfüllt, weil die Sache weder grundsätzliche Bedeutung hat noch zur Fortbildung des Rechts oder der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Reichtsbeschwerdegerichts erforderlich ist (§ 574 Abs. 2, 3 ZPO). Die Tatsache, dass es zum Ablehnungsverfahren gegen Urkundspersonen kaum veröffentlichte Gerichtsentscheidungen gibt, rechtfertigt die Zulassung der Rechtsbeschwerde nicht, weil die Rechtslage zumindest für die hier gegebene Sachlage im Schrifttum ganz einhellig beurteilt wird.

„Mitgeteilt vom 8. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Stuttgart“.

Impressum

Herausgeber: Württembergischer Notarverein e.V., Stuttgart in Verbindung mit dem Badischen Notarverein e.V., Karlsruhe.

Schriftleiter: Herbert Staudenmaier, Notar a.D., 73479 Ellwangen (Jagst), Veit-Hirschmann-Straße 10 (Tel. 0 79 61/56 08 66) und Dr. Jürgen Rastätter, Notar, 69115 Heidelberg, Kurfürstenanlage 23 (Tel. 0 62 21/59 14 70).

Die BWNotZ erscheint vierteljährlich zweimal. Bestellungen und Anzeigenwünsche sind an die Geschäftsstelle des Württ. Notarvereins e.V. in 70174 Stuttgart, Kronenstr. 34 (Tel. 07 11/2 23 79 51,

Fax 07 11/2 23 79 56, E-mail: wuertt.NotV@t-online.de) zu richten. Der Bezugspreis beträgt jährlich € 45,- einschließlich USt und Versandkosten und wird am 31. 5. des Bezugsjahres in Rechnung gestellt; Einzelhefte € 6,- einschließlich USt zuzüglich Versandkosten. Einzelhefte können nur von den letzten 5 Jahrgängen einschließlich des laufenden Jahrgangs bezogen werden.

Abbestellungen müssen 6 Wochen vor Ende eines Kalenderjahres erfolgen.

Gesamtherstellung: SCHNITZER DRUCK GmbH, Fritz-Klett-Str. 61–63, 71404 Korb (Tel. 0 71 51-3 03-0, Fax 0 71 51-3 59 68).

BGB §§ 2270, 2276, 2085, 2087, 2289

1. Behalten Eheleute in einem Erbvertrag, in dem sie Kinder vertragsmäßig je zur Hälfte als Schlusserben einsetzen, dem Überlebenden vor, den Nachlass unter den eingesetzten Kindern durch Vorausvermächtnisse und Teilungsanordnungen zu verteilen, so ist schon die Anordnung eines Vorausvermächtnisses über den gesamten Nachlass zugunsten der Kinder regelmäßig nicht gedeckt.

2. Zur analogen Anwendung von § 2085 BGB auf eine derartige Vermächtnisanordnung.

Oberlandesgericht Stuttgart, Urteil vom 29. 08. 02, AZ: 19 U 39/2002

Aus den Gründen:

Die Parteien streiten über die Erbfolge nach ihrer Mutter, Frau A. H. die am 3. April 2001 starb.

Die Parteien sind Halbgeschwister. Die Klägerin wurde vor der Ehe der Erblasserin mit Herrn H. H. geboren. Der Beklagte entstammt dieser Ehe.

Die Eheleute H. schlossen am 13. 08. 1963 einen Ehe- und Erbvertrag, in dem sie sich gegenseitig zu Alleinerben einsetzen und Nacherben für den Fall der Wiederverheiratung des Überlebenden bestimmten.

Am 19. 04. 1982 ließen die Eheleute einen Nachtrag zu dem Erbvertrag von 1963 notariell beurkunden. Darin setzte der Überlebende der Eheleute den Beklagten und die Klägerin je zur Hälfte als Erben ein. Weiterhin bestimmten sie:

4. Wir wünschen, dass keines der Kinder beim Tod des zuerst Sterbenden von uns Pflichtteilsansprüche gegen den Überlebenden geltend macht. Sollte das dennoch der Fall sein, so ist der Überlebende berechtigt, diesen Abkömmling von der Erbfolge auszuschließen. Über diesen Erbteil kann der Überlebende dann frei verfügen.

Sollte der Überlebende wieder heiraten, so ist er ebenfalls berechtigt, über seinen Nachlass frei zu verfügen.

Im Übrigen darf der Überlebende lediglich den Nachlass unter den als Schlusserben eingesetzten Kindern durch Vorausvermächtnisse und Teilungsanordnungen verteilen.

5. Ein einseitiges Rücktrittsrecht von den vorstehenden erbvertraglichen Bestimmungen wird nicht vorbehalten.“

Nachdem Herr H. H. am 08. 03. 1986 gestorben war, ließ die Erblasserin am 09. 02. 2000 ein Testament notariell beurkunden. Darin berief sie nunmehr den Beklagten zu ihrem Alleinerben. Ergänzend bestimmte sie (§ 2 des Testamentes, letzter Absatz):

„Notfalls (ersatzweise) wende ich meinem Sohn meinen gesamten Nachlass als Vorausvermächtnis im Sinne des Nachtrags vom 19. April 1982 zu, insbesondere das Wohnhausgrundstück und mein gesamtes Kapitalvermögen (Bargeld, Bankguthaben, Wertpapiere, evtl. Aktien u. ä.) jeweils im Zeitpunkt des Erbfalls.“

Das Wohnhausgrundstück machte fast den gesamten Wert des Vermögens der Erblasserin aus. Daneben bestand im Zeitpunkt ihres Todes noch ein Kapitalvermögen von etwa 30.000,- DM.

Die Klägerin ist der Auffassung, beide Anordnungen im Testament vom 09. 02. 2000 seien unwirksam.

Durch Urteil vom 31. Januar 2002 hat das Landgericht der Klage stattgegeben. Zur Begründung hat es ausgeführt, die Erbinsetzung des Beklagten im Testament vom 9. Februar 2000 verstieße gegen die erbvertragliche Bindung der Erblasserin aus dem notariellen Erbvertrags-Nachtrag von 1982. Die darin vorgenommene Erbinsetzung beider Parteien je zur Hälfte sei eine vertragliche Regelung im Sinne von § 2278 BGB, auch wenn sie nicht ausdrücklich als vertragsmäßig be-

zeichnet sei. Zur Auslegung seien die zur Wechselbezüglichkeit von Erbinsetzungen in gemeinschaftlichen Ehegattentestamenten nach § 2270 BGB entwickelten Regeln entsprechend heranzuziehen. Dabei sei davon auszugehen, dass die Klägerin auch ihrem Stiefvater H. H. i. S. von § 2270 Abs. 2 BGB nahe stand, weil sie mit seinem Einverständnis seinen Familiennamen trug.

Das im Testament vom 9. Februar 2000 angeordnete Vorausvermächtnis sei ebenfalls unwirksam. Allerdings sei der Erblasserin im Nachtrag zum Ehe- und Erbvertrag die Möglichkeit eines Vorausvermächtnisses eingeräumt worden. Ein Vermächtnis liege im Zweifel jedoch nur dann vor, wenn einzelne Gegenstände oder Rechte einem Berechtigten zugewandt würden. Die Zuwendung des gesamten Nachlasses an den Beklagten sei hingegen nach der Auslegungsregel des § 2087 Abs. 1 BGB als Erbinsetzung anzusehen. Daran ändere auch ihre Bezeichnung als „Vorausvermächtnis“ nichts. Diese Erbinsetzung sei wegen der Bindung der Erblasserin unwirksam.

Die Berufung ist nur zum kleineren Teil begründet. Das Landgericht hat zu Recht die Miterbenstellung der Klägerin zu 1/2 festgestellt. Auch das Vorausvermächtnis ist größtenteils unwirksam. Es ist allerdings in dem Umfang aufrecht zu erhalten, wie dem Beklagten das Kapitalvermögen der Erblasserin allein zugewendet worden ist.

1. Der Antrag Ziff. 1, die Miterbenstellung der Klägerin zur Hälfte festzustellen, hat Erfolg.

a) Dieser Klageantrag ist zulässig. Insbesondere hat die Klägerin ein nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliches rechtliches Interesse an der Feststellung ihrer Miterbenstellung.

Inwieweit der in 1. Instanz vom Beklagten geltend gemachte Gesichtspunkt, er habe die Unwirksamkeit seiner Einsetzung zum Alleinerben nie in Abrede gestellt, zur Verneinung eines Feststellungsinteresses hätte führen müssen, kann dahinstehen. Der Beklagte hat nämlich in der Berufungsbegründung seinen Standpunkt gewechselt. Nunmehr vertritt er ausdrücklich die Ansicht, die Erblasserin sei nicht daran gehindert gewesen, ihn zu ihrem Alleinerben zu berufen. Damit ist das Feststellungsinteresse der Klägerin jedenfalls jetzt gegeben. Das genügt, weil es ausreicht, wenn eine Prozessvoraussetzung bei Schluss der mündlichen Verhandlung vorliegt (Zöller/ Greger, ZPO, 22. Aufl. 2001, Rn. 9 vor § 253).

b) Die Klägerin ist von der Erblasserin in dem am 19. 04. 1982 notariell beurkundeten erbvertraglichen Nachtrag zum Ehe- und Erbvertrag vom 13. 08. 1963 für den Fall zur hälftigen Miterbin eingesetzt worden, dass die Erblasserin die Überlebende der beiden Eheleute H. wird. Da Herr H. H. vor der Erblasserin gestorben, ist dieser Fall eingetreten.

c) Die im späteren Testament der Erblasserin vom 09. 02. 2000 unter § 2 getroffene letztwillige Verfügung, wonach der Beklagte zum Alleinerben berufen werden sollte, ist nach § 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB unwirksam. Die Klägerin ist im Nachtrag vom 19. 04. 1982 vertragsmäßig zur Miterbin eingesetzt worden. Der dabei gemachte Vorbehalt umfasste keine Änderung der Erbfolge. Die Alleinerbinsetzung des Beklagten würde, ihre Wirksamkeit unterstellt, das Recht der Klägerin aus dem Nachtrag vom 19. 04. 1982 beeinträchtigen.

aa) In dem in Form eines Erbvertrages gemäß § 2276 BGB vereinbarten Nachtrag vom 19. 04. 1982 haben die Eheleute H. beide für den Fall ihres Überlebens in vertragsmäßiger, d. h. bindender Weise gemäß § 2278 die Klägerin zur Miterbin zur Hälfte bestimmt. Das ergibt sich allerdings nicht aus einer entsprechenden Anwendung der in § 2270 Abs. 2 BGB enthaltenen Auslegungsregel. Dass die Einsetzung der Klägerin als Schlusserbin vertragsmäßig sein sollte, ist vielmehr der Urkunde vom 19. 04. 1982 selbst zu

entnehmen.

Allerdings folgt aus dem Umstand, dass eine Verfügung in einem Erbvertrag enthalten ist, noch nicht ihre Vertragsmäßigkeit. Enthält der Erbvertrag aber darüber hinaus ausdrückliche Bestimmungen, wonach Schlusserben mit bestimmten Einschränkungen „im Wege des Erbvertrages“ oder bindend eingesetzt werden, so ergibt sich angesichts der Klarheit und Eindeutigkeit des Urkundeninhalts als dessen nächstliegende Bedeutung deren Vertragsmäßigkeit (BayObLG FamRZ 1994,196).

Unter Ziff. 4 des erbvertraglichen Nachtrags ist geregelt, unter welchen besonderen Umständen der Überlebende der Ehegatten berechtigt sein sollte, einen der beiden eingesetzten Schlusserben von der Erbfolge auszuschließen. Derartige Umstände (Geltendmachung des Pflichtteils beim Tode des Zuerststerbenden oder Wiederverheiratung des Überlebenden) sind nicht eingetreten. Ziff. 4 bestimmt weiter: „Im Übrigen darf der Überlebende lediglich den Nachlass unter den als Schlusserben eingesetzten Kindern durch Vorausvermächtnisse und Teilungsanordnungen verteilen“. Damit ist ganz deutlich zum Ausdruck gebracht, dass, falls die besonderen Änderungsvoraussetzungen nicht eintreten, der Überlebende von der vorgenommenen Einsetzung der Schlusserben gerade nicht abweichen kann.

Der vertragsmäßige Charakter wird durch Ziff. 5 des Nachtrages bekräftigt. Dann wird ein „einseitiges Rücktrittsrecht von den vorstehenden erbvertraglichen Bestimmungen“ nicht vorbehalten. Dadurch werden die getroffenen Bestimmungen ausdrücklich als vertragliche gekennzeichnet und ein Rücktrittsrecht nach § 2293 BGB, das nur bei vertragsmäßigen Verfügungen sinnvoll ist, ausgeschlossen.

Da der notarielle Vertrag in diesem Punkt ganz eindeutig ist und die Parteien nichts dafür vorgetragen haben, dass die Vertragsschließenden zum damaligen Zeitpunkt mit dieser Regelung etwas anderes anordnen wollten, als sich aus deren Inhalt ergibt, kommt es auf die für unklare, letztwillige Verfügungen geltende Auslegungsregel nach § 2270 Abs. 2 BGB nicht an. Deshalb ist es auch ohne Belang, ob der Ehemann der Erblasserin und Stiefvater der Klägerin zu dieser ein nahes persönliches Verhältnis hatte oder nicht.

bb) Aus dem eingeschränkten Vorbehalt in Ziff. 4 des Nachtrags vom 19. 04. 1982 folgt zugleich, dass dem Überlebenden Ehegatten jedenfalls eine abweichende Bestimmung der Erbfolge nicht gestattet sein sollte.

cc) Die entgegen dieser Bindung vorgenommene Einsetzung des Beklagten zum Alleinerben würde die Miterbenstellung der Klägerin beeinträchtigen. Sie ist deshalb nach § 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB unwirksam.

2. Die Anordnung des Vorausvermächtnisses im Testament der Erblasserin vom 09. 02. 2000 ist nach § 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB größtenteils ebenfalls unwirksam. Analog § 2085 BGB ist sie jedoch hinsichtlich der Zuwendung des Kapitalvermögens aufrechtzuerhalten.

a) Bei der letztwilligen Verfügung im letzten Absatz von § 2 des notariellen Testaments vom 09. 02. 2000 handelt es sich um ein Vermächtnis im Sinne von § 1939 BGB.

Das Landgericht kommt unter Anwendung von § 2087 Abs. 1 BGB zu dem abweichenden Ergebnis, dass es sich auch insoweit um eine Erbeinsetzung des Beklagten handle, die wegen der erbvertraglichen Bindung der Erblasserin unwirksam sei. Diese Überlegung trifft nicht zu. Die Anwendung von § 2087 Abs. 1 BGB scheidet daran, dass es sich bei dieser Norm wiederum um eine Auslegungsregel handelt, die dazu dient, den möglichen

Willen des Erblassers zu bestimmen, wenn sich dieser aus der Verfügung von Todes wegen nicht klar ergibt (vgl. nur Palandt/Edenhofer, BGB, 61. Aufl. 2002, § 2087 Rn. 1). Es ist aber ganz eindeutig, was die vom beurkundenden Notar beratene Erblasserin mit ihrem Testament vom 09. 02. 2000 zum Ausdruck bringen wollte. In erster Linie wollte sie die Klägerin enterben und ihren Sohn zum Alleinerben einsetzen. „Notfalls“ wollte sie ihm den gesamten Nachlass „als Vorausvermächtnis“ im Sinne des Nachtrags vom 19. April 1982 zuwenden. Sie traf diese Regelung also nur für den Fall, dass die in erster Linie gewollte Einsetzung des Beklagten zum Alleinerben aufgrund des ausdrücklich in Bezug genommenen erbvertraglichen Nachtrages vom 19. 04. 1982 nicht wirksam sein sollte. Für diesen Fall wollte sie das gleiche wirtschaftliche Ergebnis in anderer, vermeintlich rechtlich zulässiger Gestalt erreichen. Dabei wollte sie den erbvertraglichen Vorbehalt zur Nachlassverteilung durch Vorausvermächtnisse ausnutzen. Deshalb verstand sie unter dem ersatzweise angeordneten Vermächtnis auch wirklich ein Vermächtnis und nichts anderes.

b) Der im letzten Satz von Ziff. 4 des Nachtrags vom 19. 04. 1982 enthaltene Vorbehalt für den Überlebenden Ehegatten, seinen Nachlass unter den als Schlusserben eingesetzten Kindern durch Vorausvermächtnisse und Teilungsanordnungen zu verteilen, ist wirksam.

Bedenken gegen die Gültigkeit erbvertragliche Änderungsvorbehalte werden allenfalls unter dem Gesichtspunkt einer wesensfremden Aushöhlung des Erbvertrages geltend gemacht (BGHZ 26, 204, 208; BGH, Urteil vom 02. 12. 1981 – IV a ZR 252/80, NJW 1982, 441, 442; Münchener Kommentar zum BGB/Musielak, 3. Aufl. 1997, § 2278 Rn. 16). Es genügt aber, wenn der Änderungsvorbehalt kein totaler ist, sondern mindestens eine bindende Verfügung bestehen bleiben lässt (BGH, Urteile vom 02. 12. 1981, a.a.O. und vom 11. 06. 1986 – IVa ZR 248/84, WM 1986, 1221, 1222; OLG Stuttgart OLGZ 1979, 49, 51 und NJW-RR 1986, 165, 166). Als verbleibende bindende letztwillige Verfügung genügt z. B. die gegenseitige Einsetzung der Erbvertragsparteien (BGH, Urteile vom 02. 12. 1981 und vom 11. 06. 1986, a.a.O.). Deshalb können hier Zweifel gegen die Zulässigkeit des Vorbehalts nicht bestehen.

c) Inwieweit einem Erblasser Spielraum für abändernde letztwillige Verfügungen bleibt, ist eine Frage der Auslegung der jeweiligen Vorbehaltsklausel (BGH, Urteile vom 22. 09. 1982 – IV a ZR 26/81, NJW 1983, 277, 278 und vom 11. 06. 1986 – IV a ZR 248/84, WM 1986, 1221, 1222).

Die Vorbehaltsklausel in Ziff. 4 des notariellen Nachtrags vom 19. 04. 1982 ist nach dem damaligen übereinstimmenden Willen der beiden Eheleute H. auszulegen. Da weitere Anhaltspunkte für ihren wirklichen Willen nicht vorgebracht sind, bildet der Urkundentext die Grundlage der Auslegung. Danach enthält der Änderungsvorbehalt ein abgestuftes System. Im Falle der Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen nach dem Tode des zuerst Versterbenden oder bei Wiederheirat des Überlebenden soll dem Überlebenden eine freie Verfügung über seinen Nachlass ermöglicht werden. Treten diese Umstände wie im vorliegenden Fall nicht ein, so sollen ihm „lediglich“ Vorausvermächtnisse und Teilungsanordnungen zur Verteilung des Nachlasses unter den eingesetzten Kindern möglich sein. Damit wird zum Ausdruck gebracht, dass, wenn die besonderen Tatbestände nicht eingreifen, entgegen der vom Beklagten vertretenen Ansicht gerade keine völlig freie Verfügung des Überlebenden über seinen Nachlass möglich sein soll.

Eine dem Sinn dieser Regelung gerecht werdende Auslegung kann daher nicht Vorausvermächtnisse in unbegrenzter Höhe zulassen, die im wirtschaftlichen Ergebnis doch eine freie Verteilung des Nachlasses unter

den Kindern zuliebe. Die Aushöhlung der bindenden Erbinsetzung durch ein den vollständigen Nachlass umfassendes Vorausvermächtnis verstößt damit gegen die Zielrichtung der eingeschränkten Vorbehaltsklausel und ist von ihr nicht gedeckt.

Gegen die Wirksamkeit eines den gesamten Nachlass umfassenden Vorausvermächtnisses spricht auch die Gegenüberstellung von Vorausvermächtnissen und Teilungsanordnungen in der Vorbehaltsklausel. Teilungsanordnungen gemäß § 2048 Satz I BGB führen zu keiner Wertverschiebung gegenüber den Erbquoten. Sie gefährden also den bindenden Kern der Erbinsetzung nicht. Die ebenfalls zugelassenen Vorausvermächtnisse verschieben dagegen den Wert der Gesamtzurwendung gegenüber den Erbquoten. Wenn in der Vorbehaltsklausel beide Arten von letztwilligen Anordnungen nebeneinander genannt werden, so spricht auch dies dafür, dass die Vorausvermächtnisse nur in einem begrenzten, noch angemessenen Rahmen Einfluss auf den Wert der letztwilligen Zurwendungen an beide Bedachte nehmen sollten. Eine Umverteilung dahin, dass ein Bedachter 100 % und der andere nichts aus dem Nachlass erhält, ist damit nicht zu vereinbaren.

d) Allerdings ist das Vorausvermächtnis im Testament vom 09. 02. 2000 analog § 2085 BGB teilweise aufrechtzuerhalten. Insoweit, wie dem Beklagten das gesamte Kapitalvermögen der Erblasserin im Voraus zugewandt worden ist, bleibt die Anordnung wirksam und ist die Feststellungsklage daher abzuweisen.

aa) § 2085 BGB betrifft alle Arten der Unwirksamkeit letztwilliger Verfügungen, auch solche nach § 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB (BGH, Urteil vom 22. 09. 1982 – IVa ZR 26/81, NJW 1983, 277, 278; BayObLG FamRZ 1992, 862, 864). Die Norm regelt nach ihrem Wortlaut zwar nur die Unwirksamkeit einer von mehreren in einem Testament enthaltenen letztwilligen Verfügungen, kann jedoch entsprechend angewendet werden, wenn eine einzelne von ihnen quantitativ teilbar ist (MünchKommBGB/Leipold, 3. Aufl. 1997, § 2085 Rn. 8). Der Bundesgerichtshof ließ zunächst offen, ob sich diese Rechtsfolge aus einer Analogie zu § 2085 BGB oder aus § 139 BGB im Zusammenhang mit einer tatsächlichen Vermutung herzuleiten ist, ein Erblasser, der mit seiner Zurwendung über das noch wirksame Maß hinaus gegangen sei, würde bei Kenntnis der wahren Rechtslage dem Bedachten soviel wie möglich zugewendet haben, (BGH, Urteil vom 17. 03. 1969 – III ZR 188/65, NJW 1969, 1343, 1347 und Beschluss vom 31. 03. 1970 – III ZB 23/68, NJW 1970, 1273, 1277) Inzwischen wendet er zu Recht § 2085 BGB bei der teilweisen Aufrechterhaltung einer einzelnen letztwilligen Verfügung an (BGH, Urteil vom 22. 09. 1982 – IVa ZR 26/81, NJW 1983, 272, 278). Im zuletzt genannten Fall hat er ausgesprochen, dass wenn ein Erblasser den ihm durch einen Vorbehalt in einem gemeinschaftlichen Ehegattentestament eingeräumten Spielraum durch ein zu hohes Vermächtnis überschritten habe, das Vermächtnis bis zur Grenze des Zulässigen wirksam bleibe.

bb) Die Erblasserin hat in ihrem Testament vom 09. 02. 2000 das Vorausvermächtnis hinsichtlich zweier Gegenstände konkretisiert. Sie hat dem Beklagten insbesondere das Wohnhausgrundstück einerseits, und das gesamte im Zeitpunkt des Erbfalls vorhandene Kapitalvermögen andererseits zugewendet. Damit kommt sowohl eine Aufrechterhaltung des Vermächtnisses wegen eines dieser Gegenstände als auch eine quotenmäßige Begrenzung der Zurwendung des gesamten Nachlasses im Sinne eines Bruchteilsvermächtnisses analog § 2085 BGB in Betracht. Deshalb ist es erforderlich, die mit dem Vorbehalt im erbvertraglichen Nachtrag vom 19. 04.

1982 der Erblasserin gezogenen Grenze für Vorausvermächtnisse zu bestimmen.

cc) Eine ausdrückliche Regelung darüber, bis zu welcher Höhe dem überlebenden Ehegatten Vorausvermächtnisse gestattet sein sollen, enthält Ziff. 4 des erbvertraglichen Nachtrags nicht. Was unter einem Vermächtnis üblicherweise zu verstehen ist, ergibt sich jedoch aus den in § 2087 Abs. 1 und Abs. 2 enthaltenen Auslegungsregeln. Danach ist die Zurwendung des gesamten Nachlasses oder eines Bruchteils davon mangels anderer Anhaltspunkte als Erbinsetzung, die Zurwendung einzelner Gegenstände dagegen als Vermächtnis auszulegen. In diesem, ganz anderen rechtlichen Zusammenhang ist der in den Entscheidungsgründen des angefochtenen Urteils angeführte Gedanke durchaus fruchtbar zu machen. Auch das Oberlandesgericht Düsseldorf geht davon aus, dass ein erbvertraglicher Vorbehalt, den Erben „mit Auflagen und Vermächtnissen jeder Art und Höhe zu beschweren“ die Zurwendung „einzelner Vermögensgegenstände“ erlauben soll (OLG Düsseldorf OLGZ 1966, 68, 70). Zu beachten ist dabei, dass die Zuweisung eines einzelnen Gegenstandes, der objektiv den Wert des weiteren Vermögens erheblich übertrifft, so dass ihn der Erblasser offensichtlich als seinen wesentlichen Nachlass angesehen hat, abweichend von § 2087 Abs. 2 BGB als Einsetzung zum Alleinerben aufzufassen ist. Dies gilt vor allem bei Immobilien, die ihrem Wert nach den wesentlichen Teil des Nachlasses ausmachen (vgl. nur Palandt/Edenhofer, BGB, 61. Aufl. 2002, § 2087 Rn. 3 m.w.N.).

Dem Gehalt einer Vorbehaltsklausel der vorliegenden Art kommt man, wenn sich keine individuellen Anknüpfungspunkte für deren Auslegung finden, bei Übertragung der zu § 2087 BGB entwickelten Grundsätze am nächsten: Üblicherweise ist ein Vermächtnis die Zurwendung eines einzelnen, nicht den überwiegenden Teil des Nachlasses ausmachenden Gegenstandes. Der Vorbehalt von Vermächtnissen in nicht näher bestimmter Höhe soll derartige Zurwendungen ermöglichen. Anders gewendet heißt dies, eine spätere letztwillige Zurwendung ist von einer derartigen Vorbehaltsklausel dann gedeckt, wenn sie auch ohne Erklärungen oder Anordnungen des Erblassers dazu, welchen rechtlichen Charakter seine Zurwendung haben soll, aufgrund ihres Umfangs als Vermächtnis auszulegen wäre. Daraus folgt:

Eine teilweise quotenmäßige Aufrechterhaltung des Vorausvermächtnisses scheidet aus, weil dies im Hinblick auf § 2087 Abs. 1 BGB kein normales Vermächtnis wäre.

Die Zurwendung des Hausgrundstücks kann ebenfalls nicht aufrechterhalten werden. Der Wert des Grundstücks, den die Klägerin zwischen 400.000,- und 600.000,- DM ansiedelt, wird vom Beklagten niedriger eingeschätzt. Unstreitig ist jedoch, dass es den Wert des Nachlasses fast vollständig ausmacht, weil daneben nur ein Kapitalvermögen von etwa 30.000,- DM vorhanden ist. Daher hält sich auch die Zurwendung des Hausgrundstückes nicht im Rahmen eines üblichen, der Erblasserin durch die Vorbehaltsklausel zugebilligten Vermächtnisses.

Das Kapitalvermögen ist hingegen eine Gruppe von Einzelgegenständen, die auch in dieser begrifflichen Zusammenfassung nach § 2087 Abs. 2 BGB ohne weiteres als Vermächtnis aufzufassen wäre. Insoweit ist die Anordnung in § 2 des Testaments vom 09.02.2000 teilbar und gemäß § 2085 BGB analog wirksam. Da dieses späte Testament deutlich die Tendenz erkennen lässt, dem Beklagten möglichst

alles, jedenfalls so viel zu vermachen, wie möglich ist, ist nicht anzunehmen, dass die Erblasserin die Zuwendung des Kapitalvermögens nicht ohne den übrigen Inhalt ihres Vorausvermächtnisses angeordnet hätte.

„Mitgeteilt vom 19. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Stuttgart“.